THÈSE DE
CAEN.
1889
N°. 5.

FACULTÉ DE DROIT DE CAEN

THÈSE DE DOCTORAT

INSTRANSMISSIBILITÉ

et

TRANSMISSIBILITÉ DES OBLIGATIONS

En Droit romain

DE LA

TRANSMISSION DES OBLIGATIONS

En Droit français

« *Multa paucis* »

CAEN
Typographie-Lithographie E. VALIN, 5, rue au Canu

1889

FACULTÉ DE DROIT DE CAEN

INTRANSMISSIBILITÉ

et

TRANSMISSIBILITÉ DES OBLIGATIONS

EN DROIT ROMAIN

DE LA TRANSMISSION DES OBLIGATIONS

EN DROIT FRANÇAIS

THÈSE POUR LE DOCTORAT

SOUTENUE EN SÉANCE PUBLIQUE

DANS LA GRANDE SALLE DE LA FACULTÉ DE DROIT

Le Vendredi 21 Juin 1889, à 3 heures 1/2

PAR

Jules HOUDAYER

AVOCAT

CAEN

Typographie-Lithographie E. VALIN, 5, rue au Canu

—

1889

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41542702_0004

A MA FAMILLE

A mes Amis

JURY D'EXAMEN :

MM. LAISNÉ-DESHAYES, *Professeur*, PRÉSIDENT.
VILLEY, d° DOYEN.
JOUEN, d°
GAUCKLER, *Agrégé.*

BIBLIOGRAPHIE

DROIT ROMAIN

ACCARIAS, *Précis de Droit Romain*, 4e édition, Paris, 1886 (Cotillon). 2 vol. in-8°. — MOLITOR, *Les obligations en Droit Romain avec l'indication des rapports entre la législation romaine et le droit français*, 2e édition, Paris, 1874, 2 vol. in-8°. — ORTOLAN, *Explication historique des Instituts de l'empereur Justinien*, Paris, 1857 (Marescq). 2 vol. in-8°. — MAYNZ, *Cours de Droit Romain*, 4e édition, Bruxelles, 1876-1877 (Bruylant-Christophe). 3 vol. grand in-8°. — SAVIGNY, *Traité de Droit Romain*, traduit de l'allemand par Ch. Guenoux, Paris, 1843-1855 (Didot). 8 vol. in-8°. — DEMANGEAT, *Cours élémentaire de Droit Romain*, Paris, 1864 (Marescq). 2 vol. in-8°. — GIDE, *Études sur la Novation et le Transport des Créances en Droit Romain*, Paris, 1879. 1 vol. in-8°. — DARESTE, *Études d'histoire du Droit*, Paris, 1889 (Larose). 1 vol. in-8°. — ESMEIN, *Études sur les Contrats dans le très ancien Droit Français*, Paris, 1886 (Larose). 1 vol.in-8°. *Mélanges d'histoire du Droit et de Critique : Débiteurs privés de sépulture*, Paris, 1886 (Larose). 1 vol. in-8°. — GAUCKLER, *Recherches sur la Propriété collective à Rome et son influence sur le Droit privé Romain*, Nancy, 1883 (Collin). 1 vol. in-8° (Thèse de Doctorat). — Revue critique de Législation et de Jurisprudence, Paris, 1886 (Cotillon), article de M. Marcel Fournier : *Le Cautionnement solidaire*. — Nouvelle revue historique de Droit Français et étranger, Paris, (Larose) 1886, article de M. Edouard Cuq : *Recherches historiques sur le Testament per æs et libram*, 1887, article de M. Esmein: *Courtes Études. Intransmissibilité première des créances et des dettes.*

DROIT FRANÇAIS

Ancien Droit. — POTHIER, *Œuvres*, nouvelle édition, Paris, 1821-1824. 19 vol. in-8°. — LEBRUN, *Traité des Successions* (avec les remarques d'Espiard), Paris, 1743 et 1775. 1 vol. in-f°. — RICARD, *Œuvres*, Paris, 1754, et Clermond-Ferrand, 1783. — FURGOLE, *Traité des Testaments*, Paris, 1779. 3 vol. in-4°. — RENUSSON, *Traité de la Subrogation*, Paris, 1702. 1 vol. in-4°.

Droit intermédiaire. — GUICHARD, *Sur le Régime actuel des Successions*, Paris, 1797, 1 vol. in-8°. — TISSANDIER, *Traité complet sur les dispositions gratuites et les successions ab intestat*, conformément à la loi du 4 germinal, an VIII, Paris, 1801. 1 vol. in-8°.

Droit nouveau.— DEMOLOMBE, *Cours de Code Napoléon*, Paris, 1854-1882, (Hachette). 31 vol. in-8°. — DEMANTE et COLMET DE SANTERRE, *Cours analytique de Code civil*, Paris, 1848-1884 (Plon). 9 vol. in-8°. — AUBRY et RAU, *Cours de Droit civil Français*, 4e édition, Paris 1871 (Marchal), 8 vol. in-8°. — MARCADÉ et PONT, *Explication théorique et pratique du Code civil*. 7e édition, Paris, 1873-1874 (Cotillon). 12 vol. in-8°.— CHABOT, *Commentaire sur la loi des successions*, 8e édition, Paris 1839. 2 vol. in-8°. — POUJOL, *Traité des successions*, Colmar et Paris, 1837. 2 vol. in-8°. — *Traité des Donations entre vifs et des Testaments ou Commentaire du Titre II du Livre III du Code civil*, 1836. 2 vol. in-8°. — TROPLONG, *Commentaire sur le titre des Donations et Testaments*, Paris, 1855.— SAINTESPÈS-LESCOT, *Des Donations entre vifs et des Testaments*, Paris 1855-1860. 5 vol. in-8°. — MOURLON, *Traité des Subrogations personnelles*, Paris 1848. 1 vol. in-8°. — GAUTHIER, *Traité des subrogations personnelles ou du paiement avec subrogation*, Paris, 1853 (Cotillon). 1 vol in-8°. — LAROMBIÈRE, *Théorie et Pratique des Obligations*, Paris, 1858, 5 vol. in-8°.—THIERRY, *Le Principe de la publicité dans son application aux transmissions de Droits personnels*, Caen, 1889 (Adeline), 1 vol. in-8° (Thèse de (Doctorat).

LAURENT, *Principes de Droit civil*, Bruxelles (Bruylant-Christophe) et Paris (Marescq), 1869-1878. 33 vol. in-8° (dont un volume de tables).

DROIT ROMAIN

INTRANSMISSIBILITÉ & TRANSMISSIBILITÉ DES OBLIGATIONS

INTRODUCTION

On est très porté, en général, à juger les autres d'après soi-même. Assurément c'est là une manière de faire qui conduit souvent à des résultats déplorables. C'est que, sans doute, il existe entre les hommes un fonds commun; mais ce fonds commun est très variable : son étendue dépend d'une infinité de circonstances diverses. Minime dans certains cas, il va en s'augmentant à mesure que les sujets sont plus rapprochés par la race, le climat, la civilisation.

Or, ce qui existe entre les individus se reproduit également entre les sociétés. Autant leur fonds commun sera pauvre si l'on considère d'une part une peuplade antique, de l'autre un État moderne, autant il sera riche entre deux nations parvenues

au même degré de culture intellectuelle. Il serait donc puéril de vouloir raisonner par analogie entre la Rome royale et, par exemple, notre France actuelle, et transporter à celle-là les institutions qui nous régissent. Ce serait puéril, disons nous, et personne, bien certainement, n'a jamais songé à le faire. Mais serait-il trop audacieux de soutenir que plusieurs peut-être l'ont fait sans s'en douter? C'est là en effet une propension si naturelle ! Notre Code, qui a emprunté beaucoup de choses au droit romain, lui a encore emprunté plus de mots. Comment donc, lorsque nous retrouvons dans les deux législations la même expression, ne pas l'entendre dans le même sens ? On ne prend pas garde qu'un terme donné a pu singulièrement changer de signification en deux mille ans. Si même cette objection venait à l'esprit, on serait porté à y répondre par la négative, en s'appuyant sur le droit romain du Bas-Empire. Mais ce ne serait là qu'un trompe-l'œil: le droit romain du Bas-Empire diffère bien plus du droit romain primitif, que de notre droit moderne. Cette vérité que le *Corpus juris* aurait pu seulement, grâce à quelques textes insérés par inadvertance, nous laisser soupçonner, semble aujourd'hui démontrée depuis la découverte des Institutes de Gaius. Malheureusement, ce manuscrit était et est encore bien incomplet. Ce n'est qu'avec le temps qu'on arrive à en combler les lacunes, et chaque lacune comblée, on peut le dire sans exagération, constitue une acquisition nouvelle pour l'histoire des coutumes primitives; c'est que chacune de ces découvertes

indique une différence de plus entre le droit antique et le droit de Justinien. Lors donc qu'on veut remonter aux origines de Rome, il faut oublier complètement, non seulement nos institutions présentes, mais encore la législation du Bas-Empire.

A l'inverse, une source très abondante de renseignements nous est fournie par les travaux récents accomplis dans les divers pays de l'ancien continent, sur les monuments de leur droit antique. Latins, Gaulois, Germains, Scandinaves, Grecs, Géorgiens, Hindous etc., ont un fonds commun qui comprend les principes fondamentaux du droit, et qui se retrouve le même, à égalité de civilisation, à des siècles ou des dizaines de siècles de distance, suivant la marche plus ou moins rapide de chacun de ces peuples. C'est ainsi, par exemple, que partout on retrouve le culte des ancêtres élevé à la hauteur d'une religion domestique ; — la perpétuité de la famille, qui en est le corollaire, et que l'on s'efforce d'assurer à l'aide de moyens variables, mais dont les plus communs sont le testament et l'adoption ; — la copropriété, sous ses diverses formes, de la terre et de tous les objets que leur destination spéciale n'astreint pas nécessairement à une appropriation particulière ; — l'inaliénabilité, conséquence de la copropriété, et, par suite, l'absence de voies d'exécution sur les biens, l'ignorance de tout système de sûretés réelles, et la fréquence du cautionnement...

A cette source si riche de la législation comparée, nous ne puiserons pas aussi largement que nous le

voudrions. C'est qu'ici encore bien des lacunes sont à combler, bien des points restent douteux. Toutefois, nous y aurons recours. Car, lorsque nous verrons démontrée chez plusieurs peuples anciens l'existence d'une institution que nous soupçonnions chez les Romains, il y aura là pour nous, sinon une certitude absolue, au moins une grande probabilité que nous n'avons pas fait fausse route.

Or, la voie dans laquelle nous nous engageons est difficile, car elle est encore presque inexplorée. Nous entreprenons, en effet, de démontrer que les obligations ont commencé à Rome par être intransmissibles, et que la transmissibilité ne s'est introduite que peu à peu, graduellement. Ceci paraît bien contraire à nos conceptions actuelles, et cependant on est généralement d'accord aujourd'hui pour reconnaître que, dans le vieux droit romain, les créances et les dettes durent être intransmissibles à titre particulier [1]. Mais nous allons plus loin. Ce que nous prétendons démontrer, c'est qu'à l'origine, et même à une époque relativement avancée de l'histoire de Rome, les obligations furent insusceptibles de toute transmission, soit à titre particulier, soit même à titre universel. Cette manière de voir est opposée à la théorie ordinairement enseignée ; et, il faut bien l'avouer, au premier abord l'esprit se refuse à admettre que la transmission universelle des dettes et des créances ait jamais été ignorée. Comment comprendre que l'héritier recueille les

1. *Contrà* : Gide, *Etudes sur la novation et le transport des créances en Droit romain.*

biens et ne profite pas des créances ? Comment concevoir surtout qu'il ne soit pas tenu des dettes ? *Bona non sunt nisi deducto ære alieno !* Tout ceci semble inconciliable avec la raison, avec les nécessités de la pratique, et enfin avec ce principe si connu que le droit romain nous a légué : l'héritier continue la personne du défunt. Singulière manière, en vérité, de continuer une personne que d'échapper aux poursuites de ses créanciers et de ne pouvoir en exercer contre ses débiteurs !

Depuis quelques années, cependant, plusieurs juristes éminents ont donné l'exemple de l'indépendance ; et, se plaçant soit sur le terrain de l'histoire comparée des peuples anciens, soit sur le terrain du raisonnement et des sources, ils ont combattu et, selon nous, réfuté l'opinion consacrée jusqu'alors. Nous nous proposons de résumer brièvement ces débats et de réunir ainsi, dans un seul aperçu, les arguments développés çà et là par différents auteurs. Nous y ajouterons quelques idées personnelles qui nous paraissent venir à l'appui de cette nouvelle doctrine. Puis, quand nous aurons montré combien était complète l'intransmissibilité primitive, nous indiquerons comment et par quelle gradation elle a disparu peu à peu pour faire place à la transmissibilité active et passive, soit à titre universel, soit même à titre particulier.

Cette étude se divisera donc en deux parties :

Première Partie. — *Principe de l'intransmissibilité primitive.*

DEUXIÈME PARTIE. — *Apparition et progrès de l'idée de transmissibilité.*

Mais, avant d'entrer dans notre première partie, avant de nous engager dans un chemin où nous rencontrerons souvent des ténèbres, nous croyons utile de placer ici, comme un phare destiné à éclairer notre marche, un court tableau de ce que nous savons à cet égard sur différents peuples antiques, ou se rapprochant par leurs mœurs des premiers Romains.

Dans la plupart des coutumes anciennes sur lesquelles des indications nous sont parvenues, nous retrouvons plus ou moins complète l'idée d'intransmissibilité, même à titre héréditaire, des obligations. C'est ainsi, par exemple, que, dans le vieux droit Brahmanique, l'héritier n'est tenu des dettes que s'il est le fils ou le petit-fils du défunt. Les autres héritiers, même les descendants de degré ultérieur, n'y sont pas obligés [1]. Lors même que l'héritier est un fils ou un petit-fils, il n'est pas tenu de toutes les dettes du *de cujus*, par exemple, des amendes encourues par celui-ci, ou de ses dettes commerciales [2].

Au commencement de ce siècle, chez les Ossètes du Caucase, les voies d'exécution sur la personne sont encore seules pratiquées : on peut en conclure à l'intransmissibilité des dettes, l'héritier recueillant

1. *Institutes de Vichnou*, traduites en anglais par J. Joly. — (M. DARESTE, *Etudes d'histoire du Droit*, page 77).

2. M. DARESTE, *op. cit.*, p. 74.

les biens libres de toutes charges, et l'idée de représentation de la personne étant inconnue.

Dans le droit Géorgien, au siècle dernier, le paiement des dettes pouvait être poursuivi sur les biens, mais seulement sur les acquêts. La transmission n'avait donc lieu que dans ces limites, et l'héritier n'était pas tenu sur les propres.

Nous retrouvons quelque chose de semblable dans notre ancien droit français. Au XIII^e^ siècle, certaines coutumes ne permettent la saisie immobilière que si, en vertu d'une clause spéciale insérée au contrat et appelée « Obligation », le débiteur a reconnu d'avance ce droit à son créancier. C'est ce que décidait en particulier l'ancienne coutume de Picardie : « Et il n'est mie à oublier que, si I hom doit une dette à une personne ou à plusieur, tant soit elle venue à connissanche par devant justice, et il n'ait obligiet par especial ou generalment ses hyretages pour vendre et despendre, li créanciers n'en porra nul vendre ne faire vendre; anchois convenra que si denier soit pris sur les biens meubles du débiteur. »

Notons enfin qu'il y a seulement quelques années, en droit anglais, le véritable héritier, c'est-à-dire celui qui succédait aux immeubles, n'était pas tenu des dettes de plein droit. Il fallait pour l'y obliger une clause spéciale « binding the heir[1] ».

M. Heusler pense qu'un système analogue était suivi en droit germanique[2].

1. WILLIAMS, *Real property*, 11^th^ edition, 1875, p. 80.
2. *Institutionen*, II, p. 540 et s... et p. 548, note 15.

PREMIÈRE PARTIE

Principe de l'intransmissibilité

C'est principalement à cette première partie que s'applique l'observation préliminaire par laquelle nous avons commencé notre introduction. C'est ici surtout qu'il faut nous dépouiller de toute notion de nos institutions actuelles, pour étudier le droit antique sans idées préconçues.

Nous sommes aux premiers siècles de Rome. C'est un peuple agriculteur que nous avons devant nous. Ses idées et ses besoins sont bien différents des nôtres. Ses idées : je n'en veux pour preuve que sa manière de comprendre la famille, qu'il rattache à la puissance et à la parenté par les mâles. Sa conception de la propriété est aussi, cela nous paraît démontré aujourd'hui, complètement différente de la nôtre. C'est la copropriété familiale, au moins pour les objets les plus importants[1]. Et nous montrerons bientôt que les mots hérédité, obligation, sont loin

1. Ihering, *Esprit du droit romain*, III, 124. — Lubbock, *Les origines de la civilisation.* — Laveleye, *De la propriété et de ses formes primitives.*— May, *Éléments de droit romain*, p. 238 et s... — Voir aussi un article très intéressant sur la tutelle et la curatelle dans l'ancien droit romain, par M. Gérardin (*Nouvelle revue historique de droit*, 1889, page 1 et s...).

d'avoir dans cette période le sens qu'ils revêtent sous la plume des jurisconsultes classiques.

Les besoins de ce peuple ont également bien peu de ressemblance avec nos besoins ; les transactions se bornent à des échanges de bestiaux ou de denrées, et, lorsque apparaît l'usage de la monnaie, à des ventes, le plus souvent au comptant. Le droit civil a donc un horizon bien étroit. Mais en revanche le droit criminel présente une très grande importance, d'autant que toute violation d'un contrat est considérée comme un délit.

Si cela est vrai, et nous en avons la preuve dans le caractère pénal qui appartient, encore sous les empereurs, aux actions servant à sanctionner certains contrats, [1] et notamment les contrats les plus anciens, il n'y a dans cette période que des actions pénales. Or, il nous paraît certain que ces actions pénales sont intransmissibles. L'action délictuelle, en effet, n'est qu'une transformation de la vengeance privée, et la vengeance privée s'attache à la personne physique, non à la personne juridique.

On pourrait être tenté d'objecter ici l'usage germanique du wergheld, qui pesait sur toute la famille du coupable et profitait à toute celle de la victime. Mais cette objection n'aurait pas de valeur. L'obligation ou le droit au wergheld naît immédiatement et directement en chacun des mem-

1. Telles sont, par exemple, l'action *depositi*, dans certains cas (L. 1 § 1 et 4, D. *Depositi* XVI, 3) — et, dans l'hypothèse d'une tutelle (pour ne pas nous arrêter uniquement aux contrats), l'action *de rationibus distrahendis* (L. 2 § 2 *de Tut. et rat. dis.* XXVII, 3).

bres de la famille, sans doute parce que la famille est copropriétaire. Peut-être a-t-on connu à Rome une institution semblable : dans tous les cas, nous n'en avons aucune trace. Mais eût-elle existé, que cela ne contredirait en rien notre théorie. A l'époque où nous nous plaçons, la famille romaine est réduite à la *domus* : ce sont donc seulement les *sui* qui seraient tenus de la composition pécuniaire ou pourraient la réclamer. Or, nous indiquerons bientôt que, suivant nous, l'intransmissibilité ne s'est jamais appliquée aux *sui heredes*.

Nous verrons, d'ailleurs, qu'à l'époque classique, l'obligation délictuelle est intransmissible, au moins passivement. Il est donc raisonnable de penser qu'il en était déjà ainsi anciennement.

Lorsqu'un peu plus tard l'obligation née du contrat fut sanctionnée par une action contractuelle, est-il probable *a priori* que l'obligation soit devenue immédiatement transmissible? Non ; à notre avis c'eût été contraire au génie romain, qui recule toujours devant la création de procédures nouvelles, et ne s'y décide qu'en cas de nécessité absolue. Y avait-il donc ici nécessité absolue? Non encore : il existait des remèdes à l'intransmissibilité.

L'emprunt réalisé par le *nexum* (et c'était, croyons-nous, le cas le plus fréquent) établissait un lien personnel entre le créancier et son débiteur. Mais est-il bien vrai que le père de famille seul fût engagé par le *nexum*, et que la *familia* tout entière ne fût pas liée? Pour le soutenir, on

allègue que, si les *sui heredes* étaient obligés par l'acte du *pater*, ce n'était là qu'une suite de la puissance paternelle. Donc, conclut-on, la mort du *paterfamiliâs* faisant cesser la puissance et, par suite, les effets de cette puissance, l'engagement de la *familia* disparaissait ; en sorte qu'il n'y avait eu là pour le créancier qu'une garantie illusoire. — Nous ne saurions nous ranger à cette opinion. L'obligation des *sui* n'était pas, selon nous, une conséquence de la puissance paternelle, mais de la copropriété familiale. C'est comme copropriétaires qu'ils étaient obligés. Leur obligation survivait à la mort du père. C'est encore le système du wergheld.[1]

Ce que nous disons des *sui heredes* dut être vrai des agnats, à l'époque de la famille agnatique [2], et, dans la période précédente, des *gentiles*. L'intransmissibilité devait avoir alors peu d'inconvénients. Les successions, en effet, étaient rares : il ne pouvait être

1. Ce fondement que nous assignons à l'obligation des *sui heredes*, nous empêche de nous rallier à la théorie qui ne les considérerait comme obligés que par l'*addictio* du *paterfamiliâs*. Dès que le *nexum* était contracté, ils se trouvaient obligés, en vertu du mandat légal conféré au chef de famille, d'administrer les biens de la communauté. (*Contra*: Esmein, Courtes études sur l'intransmissibilité primitive des créances et des dettes : *Nouvelle revue historique de Droit*, 1887).

Nous croyons trouver une preuve de plus de cette solidarité de la *domus*, dans ce fait qu'à l'époque classique les dettes contractuelles sont encore éteintes par toute *capitis deminutio* du débiteur. C'est qu'autrefois sans doute, si le débiteur, perdant la liberté ou la cité ou sortant de sa famille, ne pouvait plus être poursuivi parce qu'il ne s'était engagé que dans l'intérêt du patrimoine auquel il n'avait plus de droit, ceux qui restaient copropriétaires de ce patrimoine demeuraient obligés à la dette.

2. La copropriété de la famille agnatique est une idée toute nouvelle et très séduisante. — Voyez M. Gauckler, thèse de Doctorat : *Recherches sur la propriété collective à Rome, et son influence sur le droit privé romain* (Nancy, 1883), p. 36 à 42.

question de succession au sein d'un même groupe dont tous les membres étaient copropriétaires. Il n'y avait donc lieu à dévolution que si, un groupe venant à s'éteindre, ses biens passaient à un autre groupe. Or, chacun de ces groupes étant très large, le phénomène devait se produire assez rarement. Lorsque à la « familia agnatica » succéda la *domus*, ce fait dut arriver plus fréquemment, les *sui* pouvant faire défaut et les agnats n'étant plus copropriétaires, ni par conséquent tenus des dettes. Mais la responsabilité des *sui* n'en était pas moins, dans la plupart des cas, une sécurité pour le créancier. Nous croyons qu'il y en eut une autre qui vint remédier à l'insuffisance de celle-ci, dont elle n'était, au reste, que l'extension. Cette autre garantie se trouva dans l'usage des testaments. Suivant une opinion qui compte d'assez nombreux adhérents, le testament primitif n'aurait été qu'une adoption. C'est là une question que nous ne saurions discuter sans sortir de notre cadre. Mais, si, comme nous serions très porté à l'admettre, cette théorie est exacte, l'héritier institué, « heres institutus, » n'était pas un héritier au sens moderne du mot, ne recueillait pas une succession : c'était un véritable enfant adoptif, c'est-à-dire un *suus heres*, un *herus*, un copropriétaire, ayant par conséquent la charge des obligations et le bénéfice des créances.

On voit combien était restreint dans ses effets le principe de l'intransmissibilité. Il n'avait d'application qu'au cas de succession, et il n'y avait de succession qu'à défaut d'héritiers siens ou testamentaires.

Même dans cette hypothèse, on avait un moyen de parer à l'intransmissibilité. C'était de constituer plusieurs débiteurs ou créanciers soit principaux, soit accessoires d'une même obligation. De là les débiteurs et créanciers corréaux ou solidaires ; de là les *sponsores* et *fidepromissores*, et l'*adstipulator*[1]. Si l'un venait à mourir ou à disparaître, on s'adressait à un autre. C'était donc le même résultat que lorsqu'il y avait des *sui heredes*. Ne pourrait-on même voir là le but originaire de la corréalité et des créanciers et obligés accessoires ? Et ne serait-ce pas une manière assez vraisemblable d'expliquer cette règle romaine[2] de l'extinction de l'obligation, à l'égard de tous les créanciers et débiteurs, par la poursuite dirigée par ou contre un seul d'entre eux, fût-ce un créancier ou débiteur accessoire[3] ?

Jusqu'ici nous nous sommes efforcé de prouver que la théorie de l'intransmissibilité primitive n'a en elle-même rien que de très plausible. Nous allons mon-

1. Nous ne parlons pas ici du *mandatum pecuniæ credendæ*, ni de la *fidejussio*, leur apparition dans le Droit romain étant de date beaucoup plus récente.

2. Cette règle se retrouve aussi dans l'ancien droit germanique. (M. Heusler, *op. cit.*).

3. On explique ordinairement cette singularité par le rigorisme de la formule : il n'y avait qu'une seule créance, elle a été déduite en justice ; elle est donc éteinte vis-à-vis de tous, et remplacée par la créance nouvelle exprimée dans la *condemnatio* contre celui-là seul que désigne cette même *condemnatio*. Cette explication peut être bonne ; mais elle n'indique pas pourquoi le créancier ne pouvait pas poursuivre en même temps tous ses débiteurs principaux et accessoires, et faire mettre tous leurs noms dans la formule ; pourquoi il lui fallait en choisir un et ne poursuivre que celui-là : — ce qui se conçoit très bien dans notre théorie (Loi 1, Code, *de fidejussoribus, tut.*, V, 57. — Accarias, II, p. 323, note 2.)

trer maintenant qu'elle était en réalité très logique. Ceci résulte à la fois de la nature même de l'obligation et des effets du *nexum*.

Justinien nous donne de l'obligation une définition célèbre[1] : *Obligatio est vinculum juris quo necessitate adstringimur alicujus solvendæ rei, secundum nostræ civitatis jura*. Cette définition, qui a le tort de n'envisager l'obligation que par son côté passif, en indique pourtant admirablement la nature. C'est un lien de droit entre deux personnes. Le mot même « obligation, ob-ligare », contient cette idée de lien[2], et les Romains, poursuivant l'image, appelaient le paiement « solutio », c'est-à-dire dénoûment. Le créancier et le débiteur étaient donc liés l'un à l'autre, et le lien qui les unissait ne pouvait être modifié en aucune façon. La plus légère altération, le changement le plus minime devait suffire pour que ce ne fût plus le même lien, mais un lien nouveau, une nouvelle « obligatio ». Voilà pourquoi la novation par changement d'objet était impossible ; voilà pourquoi aussi, à l'origine, le changement de créancier ou de débiteur devait être impossible également : car ce changement, comme le changement d'objet, modifiait le lien, donc l'anéantissait.

Cette explication a été critiquée par M. Gide[3]. Il faudrait, objecte le savant auteur, en dire au-

1. Inst., *De obligationibus*, III, 13, *pr.*

2. Le mot « obligatio » n'est pas un terme du vieux droit ; mais cette idée de lien se retrouve dans l'expression antique « nexum ».

3. Gide, *op. cit.*, p. 235 et s...— Voyez dans le même sens les autorités qu'il indique et notamment Windscheid, *die Singularsuccession in Obligationen*, I, p. 27.

tant d'un droit réel. Si l'obligation n'est qu'un rapport entre deux personnes, le droit réel, le droit de propriété, par exemple, n'est qu'un rapport entre une personne et une chose ; et ce rapport est rompu par le changement de propriétaire, comme le rapport d'obligation par le changement de créancier ou de débiteur. Et pourtant, le droit de propriété est transmissible.

Malgré l'autorité de M. Gide, cette objection ne nous paraît pas décisive. D'une part, en effet, nous croyons que tout droit, même un droit réel, est de sa nature intransmissible. Tout droit est un rapport et, comme le reconnaît M. Gide lui-même, le rapport est brisé dès qu'on change un de ses termes. La transmission d'un droit, prise en elle-même, est donc une idée absurde, et on comprend que les Romains ne l'aient pas admise. — Mais, dit-on, ils admettaient bien la transmission de la propriété ! — La réponse est facile : le droit de propriété étant le droit le plus complet qu'on puisse avoir sur une chose, on le confond, en général, avec l'objet sur lequel il porte : ceci est vrai aujourd'hui et l'était déjà à Rome. Lors donc que les Romains admettent que la propriété est transmissible, ce n'est pas, en réalité, le droit qu'ils déclarent transmissible, mais la chose objet de ce droit. — A l'appui de cette explication, on peut ajouter que, longtemps, les autres droits réels restèrent intransmissibles, au moins *jure civili*.

D'un autre côté, il y a dans l'obligation un élément qui ne se trouve pas dans le droit réel : la présence d'un autre contractant. Or, mon cocontrac-

tant n'a pas traité avec mon héritier ni moi avec le sien. Il est donc logique qu'à sa mort ou à la mienne, le lien qui nous unissait disparaisse. Sans doute, cette solution peut blesser singulièrement l'équité ; mais il faut remarquer que la solution contraire ne la satisferait pas non plus absolument : l'héritier du créancier peut être un personnage très incommode, et avec lequel le débiteur n'aurait jamais consenti à traiter ; l'héritier du débiteur peut être un dissipateur ou un insolvable qui n'offre au créancier aucune garantie. Pour concilier la logique et l'équité, le meilleur moyen était, à notre avis, de faire intervenir les héritiers (autres que les *sui* naturels ou adoptifs), comme créanciers ou débiteurs accessoires. Si effectivement, comme nous le verrons, cette précaution entra dans les mœurs, le créancier qui l'avait négligée avait été imprudent et ne pouvait s'en prendre qu'à lui.

Mais tout ceci est bien subtil pour être venu à l'idée des premiers Romains, et en l'exposant, nous ne nous proposions comme but que de réfuter l'objection de M. Gide. Ce n'est pas, en effet, sur ce terrain qu'il faut se placer. Ce n'est pas la logique qui donne naissance aux institutions juridiques. Mais nous trouvons un motif pratique tiré toujours de la nature de l'obligation et qui a dû en faire admettre l'intransmissibilité.

On sait qu'à Rome la propriété ne se transférait pas *solo consensu*, et qu'il fallait, en outre de la convention, une remise matérielle de la chose, remise souvent accompagnée de formalités solennelles.

Or, cette remise matérielle, possible pour la propriété, puisqu'on confond ici le droit avec son objet, était impossible, au contraire, pour tout autre droit soit réel, soit personnel. Cette impossibilité d'une tradition portant sur les créances a peut-être été le plus ancien motif de leur intransmissibilité.

Nous avons dit aussi qu'il y avait là une conséquence nécessaire des effets du *nexum*, au moins au point de vue passif. Le *nexum*, en effet, d'après la théorie à laquelle nous nous rallions, obligeait la personne du débiteur et tous ceux qui étaient sous sa puissance; mais il n'obligeait pas ses biens. L'héritier qui les recueillait, les recueillait donc libres de toutes charges ; et, s'il n'était pas tenu lui-même personnellement par le *nexum*, en qualité de *suus heres*, il ne l'était en aucune façon. Sans doute, c'était peu équitable ; mais l'équité n'est pas la règle des peuples primitifs. La rigueur des moyens d'exécution plaidait, d'ailleurs, en faveur de l'intransmissibilité : peut-être, du reste, n'en était-elle que la conséquence.

Il ne suffit pas de démontrer que l'intransmissibilité des obligations a pu et dû exister ; il faut encore prouver qu'elle a existé réellement. C'est la partie la plus délicate de notre tâche. Nous invoquerons deux ordres d'arguments[1] :

1. On a aussi invoqué trois textes qui semblent faire remonter la transmission héréditaire des obligations à une loi ancienne. Mais nous les laissons de côté : ils peuvent, en effet, être entendus également comme ne visant que la division de plein droit des créances et des

Premièrement. — *Historique de la notion d'hérédité.*

Deuxièmement. — *Traces laissées par l'intransmissibilité dans le droit classique.*

Premièrement.— HISTORIQUE DE LA NOTION DE L'HÉRÉDITÉ[1]

La notion de l'hérédité à l'époque primitive n'était certainement pas celle que nous indiquent les jurisconsultes classiques. La meilleure démonstration s'en trouve dans l'emploi de la *familiæ mancipatio* comme moyen de disposer de sa succession. L'hérédité classique, c'est une universalité, une chose incorporelle, et précisément la *mancipatio* ne peut porter que sur des objets particuliers et tangibles. On peut donc en conclure immédiatement que, lors du testament mancipatoire, l'hérédité n'était pas une universalité, mais consistait seulement dans la réunion des objets ayant appartenu au défunt. On peut en conclure aussi que parmi ces objets ne se trouvaient pas les obligations : car jamais la *mancipatio* ne leur a été applicable ; la formule, *Hanc rem meam esse aio*, s'y opposait. Cette seconde conséquence, qui paraît absurde lorsqu'on envisage le patrimoine comme nous avons l'habitude de le faire, c'est-à-dire

dettes entre les héritiers. Ce sont les constitutions suivantes au Code de Justinien :

Const. de Valentinien et Gallien. L. 26, *de Pactis*, II, 3.

Const. de Dioclétien et Maximien. L. 7, *de Action. hered.*, IV, 16.

Const. d'Antonin. L. 1, *de Excep. seu præsc.*, VIII, 36.

1. Voir M. Edouard Cuq, *Recherches historiques sur le testament per æs et libram.* — *Nouvelle revue historique de droit*, 1886, page 534.

comme une universalité comprenant un actif et un passif, n'a rien de choquant, au contraire, si on le considère au point de vue antique, comme la réunion des biens corporels seulement. La notion de l'hérédité est en effet corrélative de celle du patrimoine. Mais est-il vrai que les anciens Romains ne fissent rentrer dans le patrimoine que les biens corporels? Nous pouvons en fournir une double preuve.

D'abord, et c'est là un détail fort connu, jusqu'à une époque assez avancée[1], les censeurs, chargés d'estimer le patrimoine de chaque citoyen pour déterminer la classe dans laquelle il devait être rangé, ne tenaient pas compte de ses dettes.

En second lieu, nous possédons un texte de Pomponius, qui, en pleine période classique, distingue encore expressément les *res in patrimonio* et les *res in nominibus*[2]. Comment l'expliquer, sinon par cette considération que le sens du mot *patrimonium* était déjà fixé lorsque les obligations furent devenues transmissibles et comptèrent dans la fortune? Ce qui vient à l'appui de cette conjecture, c'est que le mot « bona », sans doute plus récent, comprend aussi bien les créances que les objets matériels.

Nous avons d'ailleurs d'autres textes desquels il semble bien résulter qu'originairement, les créances et les dettes n'étaient pas comprises dans l'hérédité. On a peine, par exemple, même au III^e^ siècle de notre ère, à concevoir une hérédité ne se composant que de

1. Jusqu'au quatrième siècle environ. (Tite-Live, VI, 27, 31—VII, 22).
2. L. 9, D. 46, 6.

créances, et il faut que Papinien affirme : *Hereditas etiam sine ullo corpore juris intellectum habet*[1]. —

De son côté, Ulpien invoque l'autorité de Labéon pour soutenir qu'on peut demander la *bonorum possessio,* même lorsqu'il n'y aurait rien de corporel dans l'hérédité[2]. Ce qui prouve bien que la règle, *Bona non sunt nisi deducto ære alieno*, n'était pas non plus d'une haute antiquité, c'est que Javolénus éprouve le besoin de spécifier qu'on l'appliquera au cas où le fisc s'est emparé de tous les biens d'une personne, et qu'un siècle plus tard, Paul la rappelle dans l'hypothèse où une femme s'est constitué en dot toute sa fortune[3].

Un autre argument peut encore être tiré en ce sens de l'*usucapio pro herede* : si, comme le dit Gaius[4], ce n'étaient pas seulement les biens dépendant des hérédités qu'on acquérait ainsi par l'usucapion, mais les hérédités elles-mêmes, c'est qu'elles ne comprenaient que des objets corporels.

Donc le «familiæ emptor» n'acquérait pas les créances et n'était pas tenu des dettes. D'ailleurs, si ce n'était plus l'*heres* du testament *calatis comitiis* ou *in procinctu*, un suus adoptif, ce n'était pas encore non plus l'héritier du droit moderne : c'était en réalité un simple acquéreur à titre particulier. Or, on sait qu'à un moment donné la *familiæ emptio*, ayant

1. L. 50 pr., D. V. 3, *de Hered, petit.*

2. L. 3, § 1, D. XXXVII, 1, *de bon. pos.*

3. L. 11, D. XLIX. 14, *de Jure fisci* et L. 72, pr. XXIII, 3, *de Jure dotium,* Cf. L. 39, § 1, L, 16, *de Verb. Signif.*

4. II, 54.

détrôné les deux autres modes, fut la seule manière de tester.

Deuxièmement. — TRACES LAISSÉES PAR L'INTRANSMISSIBILITÉ DANS LE DROIT CLASSIQUE.

Il est une de ces traces que nous avons déjà signalée en passant : les actions pénales sont toujours demeurées intransmissibles passivement[1]. Du côté du créancier, au contraire, elles sont devenues transmissibles : en général du moins, car, ici encore, il reste un souvenir de l'intransmissibilité première. Nous en avons la preuve dans la loi 1, § 1 D. de *privatis delictis*: XLVII. 1: « Heredem autem furti agere æquè constat, « executio enim *quorumdam* delictorum heredibus « data est; ita et legis aquiliæ actiones heres habet; « sed injuriarum heredi non competit. » L'action d'injures ne se transmet donc pas même activement ; et il faut en dire autant d'une manière plus générale de toutes les autres actions *vindictam spirantes*.[2]

On explique d'ordinaire par le caractère personnel du délit l'intransmissibilité passive des actions délictuelles ou *vindictam spirantes*. Quant à l'intransmissibilité active de ces dernières, on la base sur le caractère, non moins exclusivement personnel, de l'appréciation qu'elles nécessitent chez le créancier.

Mais ce sont là bien évidemment des considé-

1. L. 1 pr. D. *De priv. delict.* XLVII, 1: « Pœnalibus actionibus heredes non teneri nec ceteros quidem successores. »

2. L. 6 § 2. L. 7, D. *de Inoff. test*, V. 2. — L. 5. LL. 34 et 36 § 2, Code, *de Inoff.* III, 28.

rations modernes. Les *delicta privata* ne furent tout d'abord qu'un adoucissement de la vengeance privée ; la vengeance privée naissait immédiatement comme droit ou comme obligation dans la personne de chacun des copropriétaires. La *domus* tout entière était débitrice ou créancière ; mais il n'était pas question de transmissibilité. Voilà, croyons-nous, la raison antique. Elle allait plus loin que celle du droit impérial et conduisait à l'intransmissibilité absolue, active comme passive, de toutes les actions pénales. Mais cette raison n'aurait plus été sérieuse sous les Antonins ; aussi fallut-il en trouver une autre ; et celle-ci conduisit, comme on l'a vu, à distinguer, quant à l'intransmissibilité active, entre les différentes actions pénales.

Un second vestige de l'intransmissibilité originaire des obligations se trouve dans l'intransmissibilité de la dette du *sponsor* et du *fidepromissor*, et de la créance de l'*adstipulator*.

On explique en général cette intransmissibilité de la manière suivante : le *sponsor* et le *fidepromissor* rendent un service d'ami ; il eût été dur de faire rejaillir sur leurs héritiers la conséquence de leur engagement. Quant à l'*adstipulator*, c'est un mandataire. Or le mandat est essentiellement personnel et intransmissible.

Ce sont peut-être ces motifs qui ont fait conserver ce caractère à la *sponsio*, à la *fidepromissio*, à l'*adstipulatio* ; mais à coup sûr ce ne sont pas eux qui le leur ont fait attribuer.

Ceci ressort de ce que la *sponsio* et la *fidepro-*

missio sont transmissibles activement : si l'on avait tant cherché à favoriser le *sponsor*, on eût dû ne pas le considérer comme obligé envers un héritier avec lequel il n'aurait peut-être pas consenti à contracter.

Ceci ressort encore jusqu'à l'évidence pour la *sponsio* et la *fidepromissio*, de ce que la *fidejussio*, qui a subsisté longtemps avec elles et leur a finalement succédé, mais qui avait été créée à une époque où le motif vrai de l'intransmissibilité échappait déjà aux esprits, était parfaitement transmissible aux héritiers du *fidejussor*.

Quant à l'*adstipulatio*, il est bien vrai qu'au fond elle contenait un mandat ; mais, en la forme, c'est un contrat de droit strict. Par conséquent, c'est la formule qui va nous indiquer si la créance de l'*adstipulator* est subordonnée à la condition résolutoire de son prédécès. Or la formule est muette. Comment donc comprendre qu'une formule pure et simple ait pu engendrer une créance conditionnelle, si l'on n'admet qu'à l'origine cette condition résolutoire du décès était virtuellement comprise dans toutes les stipulations ?

La même observation s'applique, cela est évident, à la *sponsio* et à la *fidepromissio*.

Mais nous avons d'autres motifs pour croire que, si l'obligation accessoire était intransmissible, c'est que l'obligation principale l'était également. D'une part, dans toutes les civilisations antiques, tout contrat non au comptant suppose une caution [1]. D'autre

1. M. Dareste, *Papyrus greco-égyptiens*, p. 9. — *Ancien droit des Perses*, p. 16.

part, et précisément pour ce motif, la caution nécessaire à la perfection du contrat était considérée comme un débiteur principal. Le nom est le même : *sponsor*, *fidepromissor*, c'est-à-dire celui qui *spondet aut fidepromittit*. La formule obligatoire était en effet la même. Or, à l'origine, on ne s'attache qu'à la formule. Peu importe au créancier dans quels rapports ses débiteurs sont entre eux. A son égard, ils sont tous obligés également. Ce sont des débiteurs corréaux [1]. Si donc, comme cela est certain, l'intransmissibilité existait à l'égard des uns, elle existait à l'égard de tous [2].

Nous trouvons encore dans le droit classique une autre règle qui puise visiblement sa raison d'être dans l'intransmissibilité antique. C'est cette règle, qu'on ne peut stipuler ni promettre pour après sa mort. Les Romains motivent cette prohibition en déclarant qu'il eût paru « inelegans » de faire naître ainsi une obligation ou une créance directement dans la personne de nos héritiers [3]. La double règle : « Nemo alienum factum promittere potest, nemo « alteri stipulari potest », s'y opposait.

1. Souvent même, dans les anciennes législations, nous voyons le fidéjusseur occuper une position encore plus avancée. Ainsi, dans le droit germanique, celui qui fournissait une caution était libéré envers son créancier (Esmein, *Étude sur les contrats dans le très ancien droit français*, p. 85 et s.). Très analogue était la conception romaine. (Varron, VI, 74 : « Vas appellatus qui pro alio vadimonium promitte- « bat ; consuetudo erat, quum reus parum idoneus erat inceptis rebus, « ut pro se alium daret. » La suite de ce texte est assez curieuse.)

2. M. Marcel Fournier, *Le Cautionnement solidaire.—Revue critique*, 1886, p. 695.

3. Gaius, III, 100. Le § suivant étend cette solution à la *capitis deminutio*.

Mais cette explication n'en est pas une. Lorsque je dis : « Post mortem meam dari spondes? Pridie « quam moriar dari spondes? » je puis fort bien vouloir faire naître la créance sur ma tête immédiatement et en reculer seulement l'échéance jusqu'à mon décès. Disons plus : à s'attacher strictement aux *verba*, tel est le seul sens possible d'une pareille stipulation. Car vous promettez actuellement de donner plus tard. C'est donc dès à présent que vous êtes engagé, et je suis de suite créancier. L'exécution seule est retardée. C'est donc en dernière analyse une obligation à terme, dont le terme est fixé à ma mort.

Est-il admissible que ce raisonnement ait échappé à Gaius? Non, assurément. Lors donc qu'il nous dit : « Inelegans visum est », il n'indique pas sa manière de voir personnelle, mais une coutume antique. Or, autant cette interprétation paraît bizarre à l'époque de Gaius, autant elle était naturelle dans la période primitive : lorsque toutes les obligations s'éteignaient à la mort, celle qui, aux termes de la convention, ne devait être exécutée qu'après le décès de l'un des contractants, devait nécessairement et dès son principe être considérée comme nulle.

Nous expliquerons encore par l'intransmissibilité première des obligations ce fait, que nous relevons à des époques bien différentes de l'histoire romaine, de créanciers s'opposant aux funérailles de leur débiteur [1]. Saint Ambroise nous atteste que de son temps

1. Sur cette matière très intéressante, consulter un article de M. Esmein : *Débiteurs privés de sépulture* (*Mélanges d'histoire et de critique*).

c'était un usage ; il déclare même parfaitement légal l'acte du créancier, qu'il condamne seulement au nom de l'humanité. Cette manière de procéder existait encore au Bas-Empire. Ceci ressort clairement de la loi 6, Code, IX, 19, *de Sepul. viol.* et de la Novelle LX, *pr.* (édition Kriegel), dans lesquelles Justinien défend au créancier de tourmenter son débiteur moribond [1], ou de s'opposer par la force à ce qu'il soit inhumé après sa mort. De ces textes on peut, semble-t-il, conclure *a contrario* qu'il pouvait s'y opposer par certaines voies légales. Et c'est, en effet, ce que nous indique Sidoine Apollinaire [2].

Comment donc expliquer ces violences du créancier contre son débiteur mort ou mourant ? Faut-il y voir, avec quelques auteurs, le désir de remédier à la division des dettes entre les héritiers? Cette raison nous paraît bien insuffisante. Car, si elle explique jusqu'à un certain point les excès de quelques créanciers, elle ne fait pas comprendre comment et pourquoi il a pu y avoir des voies légales de contrainte contre le débiteur décédé. Le créancier a eu tort de ne pas prendre ses précautions plus tôt.

M. Simrock [3] rattache ces refus de sépulture au *nexum*. A l'échéance de sa dette, le débiteur insolvable ou récalcitrant avait-il été *addictus* au créancier, et la formalité des *tres nundinæ* lui avait-elle enlevé tout espoir de délivrance, il pouvait être mis

1. Marc-Aurèle, dans un édit que rappelle Justinien, avait déjà défendu et réprimé la violence contre le débiteur encore vivant.

2. IV, 15 édition Baret, *aliàs* IV, 20.

3. *Quellen des Shakespeare*, I, page 237, 2e édition.

à mort ou vendu *trans Tiberim*. A plus forte raison, s'il venait à mourir, le créancier dont il était devenu la chose pouvait-il lui refuser la sépulture. — Nous ne saurions nous rallier à cette théorie. D'abord, il n'est pas exact que le débiteur *addictus* fût la chose du créancier. Celui-ci, s'il ne lui faisait pas grâce, n'avait le choix qu'entre deux partis : le mettre à mort ou le vendre *trans Tiberim*. Mais, mort ou vivant, il ne pouvait le retenir chez lui [1]. Vivant, il n'avait pas le droit de le conserver comme esclave : par pudeur ou par raison politique, on ne voulait pas qu'un ancien citoyen fût esclave à Rome. Et, d'ailleurs, quand bien même il eût pu le garder en servitude dans sa propre demeure, en fût-il résulté pour le créancier le droit de lui refuser la sépulture ? Où a-t-on vu qu'un maître pouvait s'opposer à ce qu'on ensevelît son esclave ? Les pontifes et les censeurs auraient su y mettre bon ordre, au nom de la religion et de la salubrité. Les idées romaines mêmes étaient contraires à un abus semblable : maîtres et esclaves étaient égaux devant la mort, et l'on sait que le lieu où était enterré un *servus* devenait *sacer* au même titre que celui renfermant les restes d'un patricien.

Allons plus loin. En admettant que le créancier aurait eu ce droit contre le débiteur *addictus*, en

1. Tite-Live, II, 24, 6. — Denis d'Hal., VI, 26, 29.— Saint-Matthieu, *Evangiles*, XVIII, 24, qui parlent de débiteurs enfermés *in carcere privato* supposent des *nexi non addicti*, du moins d'après l'opinion commune. Or ces *nexi* étaient libres en droit. Ce ne peut donc être à eux que s'appliquerait l'explication de M. Simrock.

aurait-il jamais usé ? Evidemment non ; car il n'y aurait eu aucun intérêt ; la famille de ce débiteur, d'après l'opinion générale, avait été comprise dans l'*addictio*. Ses parents plus éloignés, ses amis, qui ne s'étaient pas laissé attendrir aux *tres nundinæ* par le spectacle du triste avenir réservé au *nexus* — la servitude ou la mort — allaient-ils être émus en lui voyant refuser la sépulture et se décider à payer sa dette ? C'était peu vraisemblable !

Il faut donc chercher une explication plus satisfaisante, et nous croyons la trouver dans l'intransmissibilité primitive des obligations. Supposons un débiteur dont la dette n'est pas encore échue, ou si elle est échue, qui n'est pas encore *addictus*. Si, à son décès, la dette doit s'éteindre, n'est-il pas naturel, sinon humain, que le créancier, en apprenant que ce décès est imminent, se rende auprès du moribond et essaie par tous les moyens possibles d'obtenir son remboursement, pendant qu'il en est temps encore ? S'il ne peut réussir ainsi à recouvrer son argent, le débiteur étant mort auparavant, la dette est éteinte. Pourtant, le créancier a encore une ressource, fléchir la famille du défunt : car ici, qu'on ne l'oublie pas, la famille est restée libre, puisqu'il n'y a pas eu d'*addictio*. Or, quel moyen plus énergique que de s'opposer à la sépulture du mort, et de maintenir ainsi sa *domus* dans un état d'impureté légale [1] ? Sans doute, on peut objecter que la *domus* tout entière répondait des dettes du *pater*, et qu'en

1. Cicéron, *de Legibus*, II, 22.

conséquence, cette procédure n'avait aucune utilité à son égard. C'est, en effet, le système que nous avons admis. Mais, à défaut de la *domus* du débiteur, on pouvait espérer toucher ses autres parents, agnats ou cognats, ainsi que ses amis dont les « tres nundinæ » n'avaient pas encore prouvé l'indifférence.

Ajoutons qu'il n'y a pas lieu de s'étonner si la coutume permit d'user de ces remèdes à l'intransmissibilité, à la condition d'employer certaines formes. C'était un moyen de plus pour échapper aux conséquences d'un principe devenu gênant.

Telles sont les raisons qui nous font croire à l'intransmissibilité originaire à titre universel des dettes et des créances. *A fortiori* rejetterons-nous la transmissibilité à titre particulier, et ici nous ne faisons que nous rallier à la presque unanimité des Romanistes[1]. Nous ne discuterons donc pas cette question, qui d'ailleurs nous paraît tranchée par tout ce que nous avons dit précédemment. La théorie contraire, si habilement soutenue par M. Gide, nous semble devoir être rejetée sans hésitation. A l'époque classique, il fallait encore, nous le verrons bientôt, user de moyens détournés pour aliéner les créances. C'est donc qu'à l'origine elles étaient inaliénables. A l'époque classique, c'est aussi à des moyens détournés que l'on devait recourir pour parvenir à un transfert des dettes : c'est donc qu'à une époque plus

1. Voir notamment : Accarias, *Précis de droit romain*, I, 206, et II, 489.— Mainz, II, § 187.— Molitor, *Cours de droit romain*, III, 1051.— Ortolan, *Instituts de Justinien*, III, 1669. — *Contrà :* Gide, *op. cit.*

ancienne, les dettes étaient incessibles. Car, s'il est conforme au génie romain de faire dévier une procédure de son but normal, pour l'approprier à un usage nouveau dont le besoin se fait sentir, jamais les jurisconsultes ne créent de prime abord une procédure détournée.

DEUXIÈME PARTIE

Apparition et progrès de l'idée de transmissibilité

Nous avons à montrer maintenant comment les créances et les dettes sont devenues transmissibles. Pour plus de clarté, nous diviserons cette seconde partie en deux chapitres.

Dans le premier, nous étudierons la transmission des obligations à titre universel.

Dans le deuxième, nous verrons leur transmission à titre particulier.

CHAPITRE PREMIER

TRANSMISSION A TITRE UNIVERSEL

Des différents modes de transmission à titre universel, le plus important est sans contredit l'hérédité. C'est donc au point de vue de l'hérédité que nous étudierons d'abord la transmission des créances et des dettes. Nous dirons ensuite quelques mots seulement des autres modes.

§ Ier

TRANSMISSION DES OBLIGATIONS PAR VOIE HÉRÉDITAIRE

Nous avons admis que, dès la plus haute antiquité, l'obligation contractée par le père de famille pesait sur les *sui heredes*, et que, réciproquement, ils profitaient de ses créances. Aux *sui heredes* proprement dits, nous avons cru devoir assimiler, à cette époque très lointaine, l'héritier testamentaire. Mais, en dehors de ces cas et lorsqu'il s'agissait véritablement d'une succession, les obligations étaient, nous pensons l'avoir démontré, absolument intransmissibles. Sous quelles influences, par quels moyens et vers quelle époque ce principe a-t-il été modifié ? Telles sont les trois questions auxquelles nous devons maintenant répondre.

Premièrement.— SOUS QUELLES INFLUENCES A ÉTÉ MODIFIÉ LE PRINCIPE DE L'INTRANSMISSIBILITÉ

Ces influences ont peut-être été multiples. Signalons les principales.

La plus importante fut sans doute la désuétude dans laquelle tomba le *nexum;* souvent il dut arriver que les *sui heredes* eux-mêmes n'étaient plus obligés par la dette paternelle. D'autre part, la rigueur des moyens d'exécution avait disparu ; c'était encore une sécurité que perdait le créancier : il était juste de lui en accorder une autre en déclarant l'obligation transmissible, surtout maintenant qu'elle n'entraînait plus guère pour l'héritier que des conséquences pécuniaires. A l'exécution sur la personne, en effet, la loi Pætilia substitua l'exécution sur les biens : désormais donc les biens répondent des dettes ; quiconque s'oblige oblige le sien, et l'héritier ne recueille qu'un patrimoine grevé.

Puis, dans les cas mêmes où l'on avait recouru au *nexum*, un nouveau danger résultait pour le créancier de la diminution du nombre des *sui*. Cette diminution provenait de causes très diverses. C'était d'abord le luxe qui s'introduisait de plus en plus à Rome, traînant à sa suite la débauche et diminuant ainsi les naissances légitimes : or, les moyens de légitimation (s'il nous est permis d'employer ce mot qui constitue un anachronisme) faisaient presque totalement défaut. C'était la fréquence du mariage sans *manus*, qui ne mettait plus la femme

loco filiæ. C'était aussi la fréquence des émancipations et des exhérédations. C'était enfin et surtout la révolution qui s'était opérée dans la succession testamentaire : le testament mancipatoire avait supplanté les deux précédents, et nous avons vu que le *familiæ emptor* ne pouvait plus être considéré comme un *suus* adoptif.

Ajoutons que le commerce de Rome, naguère encore restreint, était devenu immense, grâce à ses nouvelles conquêtes. L'intérêt du crédit était donc considérable, et il importait de le ménager. D'ailleurs, et précisément à cause du nombre toujours croissant des transactions, les obligations étaient devenues un élément notable des fortunes romaines.

Dès lors, la transmission des créances et des dettes aux héritiers s'imposait.

Deuxièmement.— PAR QUELS MOYENS ?

Mais comment arriva-t-on à la consacrer ? Nous proposerons les deux explications suivantes.

Déjà les pontifes avaient fait admettre que celui qui recueillerait les biens serait chargé des *sacra*. Or, il est bien probable que la mémoire de celui qui mourait sans payer ses dettes, était souillée d'une tache indélébile, analogue à l'infamie. N'était-ce donc pas presque une injure que lui faisait l'héritier lorsque, aux époques déterminées, il venait lui offrir les gâteaux sacrés et remplir en son honneur les rites prescrits, alors qu'il laissait ses obligations impayées ? N'était-ce pas là une impiété véritable,

une profanation des *sacra* ? Tous les ancêtres n'étaient-ils pas atteints par ce sacrilège ? Au nom de la religion ou de la morale, les pontifes ou les censeurs durent réagir contre cet état de choses. Ils avaient déja obtenu que les *sacra* suivraient les biens : *pecuniam sacris conjungi*. Peut-être aux dettes envers les mânes, assimila-t-on, précisément par honneur pour les mânes, les dettes envers les hommes. Peut-être est-ce ici que se trouve l'origine de la règle : *Bona non sunt nisi deducto ære alieno*.

Du jour où l'héritier fut tenu des dettes, on dut l'admettre réciproquement à bénéficier des créances.

A côté de cette explication, d'ailleurs, nous croyons qu'on peut en présenter une autre. Dès le début, comme nous l'avons dit, on recourut souvent à la corréalité ou au cautionnement pour remédier à l'intransmissibilité. Ces créanciers ou débiteurs, principaux ou accessoires, durent être choisis de préférence parmi les futurs héritiers des contractants. Cela devint une coutume. Or, du moment qu'on avait pris l'habitude d'obliger ainsi ses héritiers quand on s'obligeait soi-même, de les rendre créanciers quand on se rendait soi-même créancier, il devait arriver qu'on se passât de leur consentement au moment de l'acte, et que l'on promît ou stipulât directement pour soi et ses héritiers. C'est en effet ce qui fut admis, c'est là un point incontestable [1]. Sans doute, cette clause fut très fréquente et finit par devenir de style, — et il lui

1. L. 38, § 14 D, *de verb. obl.*, XLV, 1. — L. 56, § 1.— L. 92, *eod. tit.*

arriva ce qui arrive fatalement aux clauses de style : on la sous-entendit. Dès ce moment, la transmissibilité existait en fait ; et ce fut ici, comme toujours à Rome, la coutume qui fit la loi.

Malheureusement, il était dans le caractère romain de pousser jusqu'à leurs dernières limites les conséquences d'un principe, une fois ce principe admis ; c'est là assurément l'un des défauts les plus considérables de cette législation. Ce défaut, elle y est tombée en considérant l'héritier comme obligé aux dettes du défunt, même *ultra vires hereditatis*. Des deux fondements que nous avons assignés à la transmission des obligations par voie héréditaire, l'un comme l'autre conduisaient, en effet, à ce résultat. Y voyait-on un devoir envers les mânes ; ce devoir n'était rempli que par le paiement intégral de la dette : peu importait que l'héritier eût recueilli plus ou moins dans la succession du mort. Était-ce, au contraire, une obligation personnelle tacitement imposée à l'héritier par le contrat, et ratifiée d'une manière également tacite par l'adition de l'hérédité : l'héritier se trouvait tenu comme il l'aurait été par un engagement direct, c'est-à-dire sur tous ses biens.

Nous rejetons donc l'explication que l'on donne ordinairement de cette obligation où se trouve l'héritier de payer les dettes, même *ultra vires hereditatis*. Son auteur, dit-on, était tenu *in infinitum* de toutes ses dettes. Or, il représente la personne de son auteur : donc il doit être tenu *in infinitum*, comme son auteur lui-même. — Nous croyons, en effet, que

cette idée de représentation est trompeuse. En raison, il n'y a pas de continuateur de la personne ; c'est là, qu'on nous permette l'expression, une sorte de métempsycose juridique que nous n'avons jamais comprise. Cela est si vrai, qu'à Rome même, l'héritier n'était pas tenu des dettes délictuelles du défunt ; or, il eût dû en être tenu s'il avait véritablement continué sa personne. Cette exception se comprend très bien, au contraire, avec les deux explications que nous avons proposées : d'une part, le *de cujus* seul était ici responsable de la tache apportée à sa mémoire, et cette tache, c'était moins l'inexécution de l'obligation délictuelle que le fait même du délit ; d'autre part, la clause « sibi et heredibus » ne pouvait être ici invoquée.

Quoi qu'il en soit, l'obligation *ultra vires* est une des originalités du droit romain. Elle était inconnue dans la plupart des autres législations anciennes. Quelques-unes l'admettaient seulement pour les descendants en ligne directe [1].

1. Dans l'ancien droit Scandinave, par exemple, l'héritier n'est qu'un successeur aux biens. Il n'est donc tenu qu'*intra vires hereditatis*. Ce principe, absolu en Suède et en Islande, subit une exception en Norvège, quand l'héritier est le fils ou la fille du défunt. (M. Dareste, *Etudes d'histoire du droit.*)

Du droit romain, l'obligation *ultra vires* a passé dans notre législation. C'est, à notre avis, regrettable : aujourd'hui, en réalité, l'héritier n'est tenu des dettes que parce qu'il recueille l'actif, parce que les dettes sont le contre-poids des biens et qu'il est un successeur aux biens, parce qu'en un mot, il n'y a de biens que déduction faite des dettes. Si donc les dettes dépassent les biens, alors sans doute, l'héritier n'aura rien ; mais il est absolument inique de l'obliger à payer sur son propre patrimoine, qui n'était pas le gage des créanciers héréditaires, l'excédent des dettes du mort. C'est exploiter son ignorance ou sa surprise.

Troisièmement. — A QUELLE ÉPOQUE.

Nous avons vu sous quelles influences et par quels moyens on a passé à Rome de l'intransmissibilité absolue des obligations à leur transmission par voie d'hérédité. Il nous reste à indiquer la date approximative de ce changement.

Nous pensons que cette date se place dans la 2e moitié du Ve siècle de Rome. La loi Pætilia, en effet, est de 441, et nous avons indiqué l'influence qu'elle dut avoir sur la transmission des créances et des dettes. — Nous avons indiqué aussi le rôle probable joué à cet égard par les *sacra* : or, Cicéron rapporte que la question de savoir à qui ils incomberaient fut réglée par Tiberius Coruncanius, lequel était consul en 474. — Pourtant on peut faire ici deux objections en sens inverse.

D'un côté, on peut citer le texte bien connu de la loi des XII Tables « Nomina inter heredes pro « portionibus hereditariis ercta cita sunto » d'où l'on conclurait que la transmissibilité existait déjà à cette époque. Mais cette formule, malgré la tournure archaïque de ses derniers mots, est d'origine récente, et a été imaginée par J. Godefroy pour sa restitution de la loi décemvirale. Il n'y a donc pas à y attacher d'importance. Sans doute, quelques textes [1] prêtent aux XII Tables une disposition de

1, Cons. de Gordien (6. Code III, 36) — Voir aussi les constitutions déjà citées : 26. *de Pactis*, II, 3. — 7, *de act. hered.*, IV, 16. — 1, de *Excep. seu præscr.*, VIII, 36.

ce genre ; mais leur témoignage est trop postérieur pour être probant. D'ailleurs, il est assez dans les habitudes romaines de prêter à cette loi des dispositions qui en réalité n'y étaient pas contenues, et qui n'ont été créées que plus tard par l'interprétation des Prudents [1].

D'un autre côté, on pourrait invoquer un texte de Sénèque pour soutenir que la transmissibilité n'est apparue que vers le I^er^ siècle de l'ère chrétienne. Sénèque, en effet, dans son *De Beneficiis* [2], se moque des jurisconsultes qui distinguent l'hérédité des objets qui la composent, et traite cette distinction de pure subtilité. Donc, dirait-on, c'est que la théorie de l'hérédité considérée comme chose incorporelle, comme *universitas juris*, commençait seulement à se former et n'était pas encore passée dans les mœurs. Or, tant que l'hérédité ne fut que la réunion des objets corporels laissés par le *de cujus*, les obligations furent nécessairement intransmissibles. — La réponse à cette objection est facile : Sénèque était un philosophe et non pas un jurisconsulte. Le droit lui était peu familier : les preuves en fourmillent dans ses ouvrages. Et, aujourd'hui que le principe qu'il critique est admis depuis des siècles, il se trouverait peut-être encore, pour partager l'opinion de Sénèque, des personnes instruites comme lui, mais comme lui ignorantes de la science du droit.

1. Telle est, par exemple, la tutelle légitime du patron.
2. VI. 3.

Telle a dû être, nous semble-t-il, l'histoire de la transmission des obligations par l'hérédité. Disons quelques mots seulement sur les autres manières d'acquérir à titre universel.

§ II

AUTRES MODES DE TRANSMISSION DES OBLIGATIONS A TITRE UNIVERSEL

Ici nous serons très bref. La question, sans doute, est intéressante ; mais les développements que nous avons donnés relativemement à la succession à cause de mort, nous dispensent d'entrer dans de longs détails.

D'abord, en effet, tant que les obligations ne furent pas transmissibles héréditairement, il est certain qu'elles ne le furent par aucun autre mode: car pour aucun l'intransmissibilité ne présentait autant d'inconvénients que pour l'hérédité.

Mais, lorsque la transmissibilité fut admise en matière héréditaire, l'étendit-on aux autres successions à titre universel ? Ici une distinction est nécessaire.

Pour les créances, d'une manière générale, on peut répondre par l'affirmative. Tantôt l'acquéreur eut des actions directes, tantôt des actions utiles ; mais enfin il est vrai de dire qu'il est propriétaire de la créance *jure civili* ou *prætorio*.

Quant aux dettes, seul de tous les successeurs universels, l'héritier en est tenu, en principe du moins ; car on lui assimila certains autres acquéreurs,

comme l'adrogeant[1] ou le bénéficiaire de la *cessio in jure* d'une hérédité.

D'où vient cette anomalie et pourquoi les dettes ne sont-elles pas devenues transmissibles comme les créances? Peut-être peut-on l'expliquer de la manière suivante.

Longtemps, nous l'avons dit, le patrimoine n'avait compris que des biens corporels. Aux biens corporels on pouvait, à la rigueur, assimiler les créances; mais il était difficile d'y faire rentrer les dettes: car les dettes ne sont pas des biens, et le patrimoine ne comprenait qu'un actif. Sans doute on l'admit pour l'héritier; peut-être même pour lui l'acquisition des créances n'a-t-elle été qu'une conséquence de la charge des dettes. Mais c'est qu'on était guidé par l'intérêt des *sacra*. Ce fut sans doute ce même intérêt qui fit consacrer la transmission des dettes en cas de *cessio in jure hereditatis* ou d'adrogation — *ficto herede*. Dans la plupart des autres successions universelles, au contraire, la question des *sacra* ne se posait pas, et l'on s'en tint à la transmission des créances.

1. L. 45 *de Adopt. et emanc*, D, I, 7.— L. 42 *de Pecutio*, XV, 1.

CHAPITRE II

TRANSMISSION A TITRE PARTICULIER

Anciennement, les créances et les dettes étaient intransmissibles à titre particulier. Nous renvoyons, quant à la preuve de cette affirmation, à ce que nous avons dit sur ce sujet en terminant notre première partie. D'assez bonne heure, on dut sentir les inconvénients d'un pareil système. Il dut arriver souvent, par exemple, qu'un créancier désirât faire argent de sa créance avant l'échéance. Or, comment y parvenir si son titre était incessible? De même n'était-il pas très incommode que le débiteur ne pût, avec l'assentiment du créancier, se libérer avant l'exigibilité de sa dette, en se substituant une autre personne qui en fût tenue à sa place? Ces inconvénients ne firent que croître avec l'usage, de plus en plus fréquent, du prêt à intérêt. D'un autre côté, l'absence de représentation soit dans les contrats, soit, au temps des actions de la loi, dans la procédure, appelait nécessairement un système qui permît de faire passer sur la tête du *dominus* les droits et actions nés dans la personne du *procurator*.

Il y avait donc là des situations qui méritaient d'attirer l'attention des Prudents. Aussi croyons-nous que, lorsque la transmission des obligations par voie héréditaire eut été admise, l'idée d'une cession à titre particulier, portant sur des créances et sur des dettes,

ne dut guère tarder à se faire jour. Pourtant on respecta le principe. Les obligations restèrent inaliénables. Ce qu'on permit de faire en réalité, ce fut d'éteindre la créance existante et de lui en substituer une autre. Voici le mécanisme ingénieux auquel on recourut [1] :

Supposons que Primus soit créancier de 100 sur Secundus[2]. Celui-ci a bien évidemment le droit de promettre à un tiers, Tertius, somme égale de 100. Il est clair que, s'il le fait, cela ne portera pas atteinte à la créance de Primus. Cette nouvelle promesse est pour le premier créancier *res inter alios acta.* Mais supposons maintenant qu'il n'ait fait cette promesse que sur l'ordre de Primus, alors on admit que, par le seul prononcé de la formule : « Centum « spondesne? ou centum quæ Primo spopondisti « spondesne? ou quæ Primo spopondisti spondesne? — Spondeo », Secundus serait réputé avoir payé Primus. Sa dette est éteinte de plein droit en vertu de ce payement fictif. En revanche, il se trouve engagé envers Tertius dans la même mesure dans laquelle il l'était à l'égard de Primus. Cette solution, qui fit peut-être difficulté à l'origine, quand le débiteur avait promis en employant la formule pure et sim-

1. Nous croyons utile de rappeler, en commençant ce dernier chapitre de notre étude, que notre but unique est de faire ressortir le plus clairement possible les différentes étapes de la transmission des créances, et nullement de présenter un traité complet sur la délégation. Nous n'entrerons donc que le moins possible dans les détails et dans les controverses, afin de mieux dégager la marche générale de la jurisprudence.

2. G., II, 38.

ple « centum dari », dut être vite admise, même dans ce cas, la volonté des parties étant certaine.— Quant à Primus, si, comme cela devait être fréquent, il était débiteur de Tertius, sa dette se trouvait, de même que celle de Secundus envers lui, éteinte de plein droit comme par un paiement : « solvit enim qui reum delegat[1] ». C'est la délégation par novation.

Ainsi, par ce moyen détourné, on arrivait à un résultat sensiblement voisin de celui qu'aurait produit une véritable cession. L'obligation n'était pas transmise sans doute ; elle était éteinte, et c'est une nouvelle qui naissait à sa place[2] : mais cette nouvelle obligation était calquée sur l'ancienne ; elle avait le même objet, qui se trouvait transporté ainsi d'une obligation dans une autre : « Novatio est prioris debiti in aliam obligationem transfusio atque translatio[3] » — « Prima obligatio tollitur, dit encore Gaius, translata in posteriorem[4] ».

Tel a été, cela semble démontré aujourd'hui, le but originaire de la novation romaine. Mais s'il est vrai, comme on l'enseigne généralement[5], que les

1. L. 15, D., *de reb. cred.*, XII, 1.— L. 3, § 12 et 13, D., *de don. int. vir. et uxor.*, XXIV, 1. — L. 21, § 1, D., *de don.* XXXIX, 5.

2. L. 180, D. de Reg. J., L, 17 — L. 15, D., *de statut.*, XL, 7.— L. 61, D., *de Evict.*, XXI, 2. — L. 65, § 4, D, *ad S. Trib.* XXXVI, 1. — LL. 49, 64, D, *de Sol.* XLVI, 3.— L. 12, Code, *de Sol.*, VIII, 43. *adde* : L. 21, § 1, *de Don.* XXXIX, 5.—L. 31, § 1, *de Nov.* XLVI, 2.

3. L. 1, *de Nov.* XLVI, 2.

4. Gaius, *Comm.* III, 176.

5. Un certain nombre d'auteurs, cependant, admettent que la novation pouvait avoir lieu *litteris* — *Contra* : Gide, *Études sur la nov. et le transport des créances*, p. 17 et suiv.

Romains paraissent réserver ce terme de novation pour le contrat *verbis*, il nous paraît certain qu'un résultat analogue pouvait être obtenu par le contrat *litteris* ou par les contrats *re*. C'était même la fonction principale du contrat *litteris* : la *transcriptio a personâ in personam*. Quant aux contrats *re*, pour montrer qu'ils pouvaient aussi s'adapter à cet usage, il suffit d'en donner un exemple. Vous me devez 100. Si je vous donne ordre de les promettre à Tertius, vous êtes, par cette promesse, libéré envers moi, et Tertius devient votre créancier : c'est une novation. Si je vous charge, non de promettre cet argent à Tertius, mais de le lui payer directement, le résultat ne saurait être moins énergique.

Mais n'y avait-il pas pourtant une différence entre le cas où l'on s'était servi de la stipulation et celui où l'on avait eu recours soit à une *transcriptio*, soit à une dation ? Dans le premier cas, il est certain que la libération avait lieu *ipso jure* ; car la novation est un mode d'extinction des obligations du droit civil. Ne faut-il pas dire que dans les autres cas, au contraire, le délégué n'était libéré envers le déléguant et le déléguant envers le délégataire qu'à l'aide d'une exception ? Nous ne le pensons pas. Les textes assimilent la délégation à un paiement, et le paiement est un mode d'extinction du droit civil.

Tel est le premier remède qu'avaient imaginé les jurisconsultes ; telle fut la première forme de *delegatio*[1], la seule qui existât encore lors de l'avènement

1. Le mot *delegatio*, en effet, est commun aux différentes espèces

du système formulaire et sans doute assez longtemps après. Elle avait de sérieux avantages, et en particulier l'irrévocabilité absolue du *jussus* donné par le déléguant: la créance, en effet, était éteinte, elle ne pouvait pas revivre. Cette irrévocabilité ne souffrait aucune restriction, et, par exemple, les exceptions nées après la délégation, au profit du délégué contre le déléguant, n'étaient pas opposables au délégataire. Mais ce système présentait aussi de graves défauts. Ainsi il entraînait la perte de toutes les garanties accessoires de la première créance, puisque cette créance était éteinte, et éteinte *ipso jure;* ainsi encore, et pour le même motif, le créancier et le débiteur étaient exposés à perdre, s'ils n'avaient eu le soin de les réserver dans la formule, l'un ses privilèges, l'autre ses exceptions. Enfin, et c'était là son défaut capital, ce mode de délégation nécessitait le consentement du délégué. Il fallait donc que celui-ci réunît les conditions ordinaires de volonté et de capacité. De là des résistances injustes qui devaient singulièrement diminuer la portée de l'institution. Il semble qu'il n'y eût qu'une chose à faire: supprimer la nécessité de ce consentement, au moins lorsqu'il s'agirait d'un changement de créancier. Les Romains ne le firent pas. Ils cherchèrent un autre moyen de tourner le principe de l'intransmissibilité, et ils trouvè-

de transports. C'est ainsi que la loi 11, § I, D., *de Nov.*, XLVI, 2, nous dit: « Fit delegatio vel per stipulationem, vel per litis contestationem. » — Voyez dans le même sens: F. V. 263.— LL., 1, 3, Code *de Nov.*, VIII, 42.— L. 51, D. *de Peculio*, XV, 1.— L. 66, § 2, D. *Sol. mat.*, XXIV, 3.— L. 19 *in fine* D. *de Sol.*, XLVI, 3. C'est donc à tort que la plupart des interprètes réservent ce mot pour le transport *verbis* ou *litteris*.

rent la *delegatio per litis contestationem*, plus connue sous le nom de *procuratio in rem suam*.

La *procuratio in rem suam* constitue une seconde étape dans l'histoire de la transmission des obligations à titre particulier. Ce nouveau progrès ne fut certainement réalisé qu'après l'apparition du système formulaire [1] : car, tant que durèrent les actions de la loi, la règle « nemo alieno nomine « lege agere potest » mettait obstacle à toute espèce de représentation en justice. Or, la réalité précède toujours la fiction, et nous verrons que la *procuratio in rem suam* n'était qu'un mandat *ad litem* fictif. Il devait même y avoir bien des années déjà que fonctionnait le système formulaire quand on imagina cette singulière forme de délégation, qui dénote une jurisprudence sûre d'elle-même.

Nous n'avons pas l'intention de faire ici un exposé, quelque bref qu'il soit, de la représentation à Rome. On admet généralement aujourd'hui qu'elle y était prohibée soit dans les contrats, soit dans la procédure. Mais c'était là encore une règle bien gênante, dont les inconvénients s'étaient augmentés à mesure que s'était accru le commerce du peuple romain, que s'étaient développées ses relations, que les expéditions étaient devenues

1. La loi Æbutia qui abolit les *legis actiones*, étant des derniers temps de la république (A. G., XVI, 10) et les deux *leges Juliæ*, qui organisèrent complètement la nouvelle procédure, du commencement de l'empire, il est probable que la *procuratio in rem suam* date du 1er siècle de notre ère.

plus lointaines et les communications plus faciles. Encore, en matière de contrats, l'exigence rigoriste de la présence des parties se trouvait atténuée : le *paterfamiliás* pouvait contracter par l'intermédiaire des personnes en sa puissance : son fils, son esclave pouvaient stipuler pour lui, et même, s'ils en avaient reçu l'ordre, l'obliger. Mais cette ressource manquait au citoyen qui avait un procès. D'ailleurs, on est toujours libre de ne pas contracter, tandis qu'il ne dépend pas toujours de nous de ne pas avoir un procès, au moins comme défendeur. La nécessité d'une représentation, même imparfaite, se faisait donc sentir plus vivement en matière de procédure. Aussi ne doit-on pas s'étonner de voir que les Romains profitèrent de l'élasticité des formules pour échapper ici à la non-représentation. Comme toujours, les jurisconsultes n'apportèrent pas directement une exception à la règle : ils se bornèrent à l'éluder. On ne dit pas : Aulus Agerius continuera d'être créancier ; seul il aura le droit de recevoir paiement. Mais Publius Mævius peut ester en justice à sa place et toucher pour lui la somme due, à charge de lui rendre compte. On respecta le principe en apparence. Dans l'*intentio* de la formule on laissa figurer le nom du représenté ; mais dans la *condemnatio* on y substitua celui du représentant. Ce n'est pas à Aulus Agerius représenté par Publius Mævius qu'il faut payer, c'est à Publius Mævius lui-même sans indication de qualité : « Si paret N^m^ Neg^m^ A° « A° centum millia sestertium dare oportere,

« judex, N^m Neg^m Publio Mævio condemna ». Or, on connaît l'effet énergique de la *litis contestatio* [1]: désormais l'obligation de Numerius Negidius envers Aulus Agerius est éteinte ; désormais c'est de Publius Mævius seul qu'il est débiteur, c'est Publius Mævius seul qui peut exiger un paiement et donner une quittance valable. Sans doute, il y aura ensuite un règlement entre lui et Aulus Agerius, mais cela ne regarde pas le défendeur [2].

On comprend combien il était simple de tirer parti de cette situation pour arriver, en fait, à un mode d'aliénation des créances. Dispensez Publius Mævius de rendre compte et c'est un véritable cessionnaire. C'est ce que décidèrent les jurisconsultes pour le cas où telle aurait été l'intention du mandant et du mandataire. Publius Mævius, mandataire dans son propre intérêt, reçut le nom significatif de *procurator in rem suam*. On peut donc, avec M. Accarias, définir l'*in rem suam procuratio* : « le mandat par lequel je charge un tiers d'in- « tenter une action qui m'appartient, mais avec « dispense de me rendre compte. »

La *procuratio in rem suam* prit place à côté de la *delegatio verbis*, *litteris* ou *re*. Les deux institutions coexistèrent. Chacune avait sa raison d'être. La *pro-*

1. L. 60 *de fidejussoribus* XLVI, 1. — L. 29 *de Nov.* XLVI, 2. — F. V. § 263. — Voyez aussi Accarias, *Précis de Dr. romain*, II, n° 770.

2. Il est clair que ce procédé avait des inconvénients, par exemple, au cas d'infidélité ou d'insolvabilité du mandataire. Aussi, le préteur accorda-t-il bientôt au mandant (et contre lui) l'action *judicati utilis*, à la seule condition que le mandataire eût été constitué dans certaines formes solennelles, fût ce qu'on appela un *cognitor*.

curatio in rem suam, en effet, comblait la double lacune laissée par la novation et les autres modes détournés de transfert, d'une part, en assurant la survivance des garanties accessoires [1], d'autre part, en permettant le transport sans le consentement du délégataire. Elle était d'ailleurs, comme la *delegatio* contractuelle, applicable soit aux créances, soit aux dettes. Mais elle présentait de graves imperfections. D'abord, pour pouvoir en user, il fallait être capable de donner ou de recevoir un mandat *ad litem*. Or, jusqu'à Justinien, les incapacités étaient, à cet égard, assez nombreuses. On arriva à les lever lorsqu'il s'agissait d'un *procurator in rem suam* [2]. Mais le vice capital de la *procuratio in rem suam*, c'était de ne devenir définitive que par la *litis contestatio*. Jusqu'à la *litis contestatio*, le *procurator* est un tiers pour le défendeur [3] ; jusque-là, le débiteur peut payer à son créancier primitif sans avoir à craindre d'être obligé à un second paiement aux mains du *procurator*. Mais le mandant, au moins, était-il tenu envers le mandataire ? Nullement ! Peu importe quelle convention est intervenue entre eux. Ne fût-elle pas un simple pacte dénué d'action, fût-elle,

1. On sait, en effet, que la *litis contestatio* n'éteignait pas, comme la novation, les garanties de la première créance. De même, elle laissait subsister les exceptions appartenant au débiteur.

2. Inst. § 11 *de except.*, IV, 13. — L. 1, §§ 5, 6, 8 ; L. 11 *de postulando*, III, 1. — L. 7. L. 8, § 2 *de proc.*, III, 3. — Valère-Maxime, *Memorabilia*, VIII, chap. 3.

3. Dans le cours de nos explications sur la *procuratio in rem suam*, nous supposerons qu'il s'agit d'un transfert de créances, en un mot, que le *procurator* est demandeur. — On comprend qu'il pourrait être également défendeur : ce serait alors un transfert de dettes.

par exemple, une vente, cette vente serait nulle faute d'objet, puisque, en droit, la créance est inaliénable. En réalité donc, comme en la forme, il n'y a et ne peut y avoir entre eux qu'un mandat. Or, le mandat est essentiellement révocable, soit directement, soit indirectement[1]. Le *procurator*, tant qu'il n'a pas obtenu la délivrance de la formule, n'a donc aucune sécurité. Que le débiteur acquière une exception contre son mandant, que celui-ci se repente du mandat qu'il a consenti, qu'il vienne à mourir... et le droit du mandataire est perdu. — C'était là une situation intolérable et qu'il était nécessaire de modifier. Il fallait arriver à ce que la créance ne pût pas s'éteindre ainsi indépendamment du mandataire. Ce résultat ne fut obtenu que progressivement.

Dès le début, lorsque apparut l'*in rem suam procuratio*, l'action et l'exception de dol étaient créées depuis déjà longtemps[2]. Le mandataire, par l'action de dol, pouvait donc réclamer au mandant ce que celui-ci avait reçu du débiteur; par l'exception de dol, ou plutôt peut-être par l'un de ses dérivatifs, l'exception *pacti conventi*, il pouvait retenir le paiement fait entre ses mains, même en cas de révocation du mandat. En s'appuyant sur le même principe, on comprit qu'il y avait un acte de mauvaise foi de la part du débiteur à payer son ancien créancier lorsqu'il avait

1. La loi 23, § 1 D, *de hered. vel. act. vend.*, 18, 4,— et la Const. 3, Code VIII, 42, qu'on invoque en sens contraire, sont de beaucoup postérieures. Nous en dirons autant des lois 25 et 55 D *de Proc.*, III, 3, qui s'expliquent par un nouveau progrès de jurisprudence et supposent que des actions utiles sont accordées au *procurator*.

2. Cicéron, *de Officiis*, III, 14.

connaissance de la cession, et on permit au mandataire, dans cette hypothèse, d'agir contre lui *de dolo*.

Ainsi donc et malgré la révocabilité théorique du mandat, malgré le principe que ce mandat était pour le débiteur « res inter alios acta », le mandataire se trouvait garanti désormais contre la fraude soit du mandant, soit du débiteur. Un double danger restait.

En premier lieu, le mandat tombait par le décès soit du mandant, soit du mandataire avant la délivrance de la formule. On y remédia en accordant au *procurator* des actions utiles aussitôt après la conclusion du mandat. Désormais donc, il peut agir immédiatement contre le débiteur, et son droit est transmissible à ses héritiers. Cette nouvelle réforme est opérée à l'époque d'Ulpien[1].

En second lieu, la fraude du mandant était facile à prouver; il suffisait de démontrer: 1° qu'il s'agissait d'une *procuratio in rem suam*; 2° que le mandant l'avait révoquée d'une manière directe ou indirecte. Mais la fraude du débiteur devait être, au contraire, très difficile à établir. Comment, en effet, constater s'il avait eu connaissance de la cession? Or, on comprend combien cette question pouvait être intéressante pour le mandataire, au cas d'insolvabilité du créancier antérieur. Aussi un grand nombre de Romanistes enseignent-ils que, pour lui faciliter cette preuve, on lui permit de constituer le débiteur de mauvaise foi au moyen d'une signification. Cette

1. LL. 25 et 55, *de procur.* III, 3.

doctrine s'appuie sur un rescrit de Gordien, qui forme la loi 3 Code *de Novat. et Deleg.*, VIII, 42. On a beaucoup discuté la question de savoir si, par le mot « denuntiaverit », ce rescrit vise la signification en question, ou s'il n'a pas trait plutôt à un mode nouveau d'introduction d'instance, la *litis denuntiatio*. C'est à cette seconde interprétation que nous nous rattachons. Nous avons deux autres textes, la loi 7, D. *de Inoff. test.*, V, 2, et la loi 20 §§ 6 et 11 *de Hered. pet.*, V, 3, qui parlent certainement de la *litis denuntiatio*, et qui emploient le même terme : « denuntiare », sans y ajouter « litem ». Aucun fragment, au contraire, ne mentionne, à notre connaissance, cette prétendue signification. Or, le rescrit de Gordien s'expliquant aussi bien avec l'une ou l'autre de ces interprétations, il nous semble plus raisonnable d'y voir une allusion à une institution qui existait certainement, que l'indication d'une procédure alors peut-être inconnue. Nous pensons donc que, sans doute, le *procurator in rem suam* put avertir de toute manière le débiteur du marché conclu avec l'ancien créancier ; mais cet avertissement ne constituait pas *ipso facto* le débiteur de mauvaise foi, pas plus que les renseignements qui auraient pu lui venir *ex aliundè :* il appartenait encore au mandataire de prouver que l'intéressé avait eu réellement et effectivement connaissance du mandat[1].

1. Il semble qu'il existait une signification dans l'hypothèse d'un *pignus nominis*. Cette signification avait pour but de garantir les droits du créancier gagiste (L. 4, Code, *Quæ res pignori*, VIII, 17). Même ici, nous croyons qu'il ne s'agissait pas d'un mode de publicité exclusif et solennel : les mots « certiorem facere » qu'emploie le texte paraissent indiquer un avertissement quelconque.

Telle est, à la fin de l'époque classique, la *procuratio in rem suam*. A côté de la délégation judiciaire, la délégation contractuelle avait subi, elle aussi, une grave modification. Aux contrats *stricti juris* s'était substitué, pour le transfert des obligations, le pacte prétorien de constitut. Nous n'avons pas à faire ici la théorie de ce pacte. Il nous suffira de dire, pour indiquer en quoi il constituait un progrès relativement à la question qui nous occupe, et comment il supplanta à cet égard les anciennes formes de délégation, que le constitut était de bonne foi. Le créancier ne risquait donc plus de perdre ses privilèges ni le débiteur ses exceptions[1].

Nous arrivons à une nouvelle phase du transport des créances et des dettes. Au IIIe siècle, la *procuratio in rem suam* éprouve un important changement. A l'ancienne procédure de l'*in jus vocatio*, s'était substitué un mode d'introduction d'instance plus commode, la *litis denuntiatio*, dont nous avons déjà parlé incidemment, et qui avait l'avantage d'indiquer à l'adversaire l'objet du litige. Par la *litis denuntiatio* le débiteur est donc averti de la *procuratio in rem suam*, et constitué ainsi de mauvaise foi. A partir de ce moment disparaît, en conséquence, le danger de paiements libératoires par lui faits au mandant. Et les effets de la *litis contestatio* se trouvent ainsi avancés au moment même de l'introduction de l'instance, par une suite de transformations ayant toutes leur principe dans l'idée de bonne foi.

1. D. *de Pecuniâ constitutâ*, XIII, 5.

La procédure de la *litis denuntiatio* eut du reste une durée assez éphémère, et fut remplacée par l'*editio rescripti*. Mais cette transformation ne nous intéresse guère. On attribua, en effet, à l'*editio rescripti* les mêmes effets qu'à la *litis denuntiatio*, c'est-à-dire les anciens effets de la *litis contestatio*[1].

Ce n'est pas tout, Ulpien validait déjà, nous l'avons vu, et rendait efficace, au moyen des actions utiles, la simple *procuratio in rem suam*, alors même que cette *procuratio* n'avait pas été suivie de *litis contestatio*. On arriva tout naturellement à considérer, comme ayant fait l'objet d'une *procuratio* semblable, les créances qui devaient nécessairement être cédées, et l'on accorda *de plano* à l'acquéreur des actions utiles « quasi ex jure cesso[2] ».

Quant aux obligations dont la cession n'était pas forcée, mais seulement facultative, on ne pouvait évidemment pas présumer une *procuratio in rem suam*, si aucune convention n'avait eu lieu relativement à cette cession. Mais, s'il était intervenu une convention[3] de céder ces obligations, comme au Bas-Empire, les obligations étaient certainement cessibles, cette convention rendait la cession nécessaire. On se retrouvait donc dans le cas précédent. Or,

1. Code Théod., *de denuntiatione vel editione rescripti*, II, 4 (rubrique) — *De div. rescr.*, I, 2. (passim.) — L. 1, C. de Just., *quando libellus* I, 20. Cf. l. 1. C. J. *de off. præf. præt.* I, 26.

2. LL. 7 et 8, Code *de hered. vel act. vend*, IV, 39. — L. 18, C. *de leg.*, VI, 37. — L. 2, C. *de obl. et act.* IV, 10. — L. 5. C. *quando fiscus*, IV, 15.

3. Quand nous parlons ici d'une convention, nous entendons une convention revêtue des formes civiles. Un simple pacte, ne produisant pas d'actions, eût été insuffisant.

admettre ici les actions utiles en faveur du cessionnaire, c'était tout simplement, en fait, consacrer la cession des obligations *solo consensu*, à l'unique condition, bien entendu, que ce *consensus* fût revêtu des formes d'un contrat. On le fit [1] et avec raison, car c'était à la fois logique et équitable.

Ajoutons que ce n'était nullement contraire au système admis pour le transfert des objets corporels. Sans doute, pour aliéner un objet matériel, il faut encore au Bas-Empire, et indépendamment de la convention, une tradition matérielle ; mais cette tradition matérielle ne pouvait pas s'appliquer à un objet immatériel, à une créance. Il était donc tout naturel de se contenter d'une tradition intellectuelle, la seule possible, et qui se résumait, en somme, au consentement des parties. Ainsi, chose bizarre ! peut-être l'impossibilité d'appliquer la tradition aux obligations, après avoir, à l'origine et pendant de longs siècles, entraîné leur intransmissibilité absolue, a-t-elle été cause, au Bas-Empire, qu'elles furent plus facilement aliénables que tous les autres biens.

Nous pensons donc que, dès l'instant même du contrat, le transfert de l'obligation est effectué. Pourtant, on enseigne souvent que le progrès ne fut pas aussi complet. Beaucoup de Romanistes pensent que cette tradition intellectuelle, équivalente à l'an-

1. On explique souvent ce dernier progrès de la jurisprudence par l'influence des solutions admises en matière de restitution d'un fideicommis « ex Senatusconsulto Trebelliano » et de vente d'une hérédité. Voyez en particulier Gide, *op. cit.*

cienne *procuratio in rem suam*, mais réduite maintenant, en raison de la disparition des formes solennelles, à un simple consentement, nécessitait du moins un consentement indépendant du contrat. « En fait, dit M. Gide [1], le contrat et l'acte d'alié-« nation pourront souvent être simultanés et confon-« dus : car il peut arriver que les parties qui veulent « acheter et vendre veuillent, en même temps et « sans délai, se saisir et se dessaisir de la chose « vendue. Mais, en droit, ces deux actes seront « toujours séparés et distincts. » Nous reconnaissons l'exactitude de cette proposition ; mais elle ne conduit pas, à notre avis, aux conséquences que l'on en tire. De ce qu'ils sont distincts en droit, il ne s'ensuit pas qu'ils ne puissent, comme le reconnaît lui-même M. Gide, coïncider en fait. Or, nous prétendons qu'ils coïncideront toujours. Qu'on ne l'oublie pas, l'un et l'autre de ces deux actes résident dans le consentement ; or, supposez que je vous aie vendu ma créance : n'est-il pas bien certain que mon consentement a compris et l'obligation et le transfert ? que j'ai entendu, non pas seulement m'obliger à me dépouiller, mais me dépouiller réellement de ma créance à votre profit ? Ah ! sans doute, j'ai pu, expressément ou tacitement, y adjoindre un terme, une condition : alors, j'ai consenti par avance à être dépouillé par l'arrivée du terme ou l'avènement de la condition. Dans le système contraire, on en arriverait à dire que je me suis engagé à consentir

1. *Op. cit.*, page 368.

au moment de l'échéance du terme. Comprend-on cet engagement à consentir ? Il nous semble que lorsqu'on s'engage à consentir — et si l'on nous permet d'employer cette formule singulière, mais exacte, lorsque l'on consent à consentir à une chose, on consent à cette chose.

Ce second consentement ne nous paraît pas seulement incompréhensible en raison : il eût été inutile en pratique. La cession consentie par un contrat valable était obligatoire ; dès lors, elle se rangeait dans les cessions nécessaires, et le bénéficiaire jouissait des actions utiles *quasi ex jure cesso*, absolument comme si la cession avait été réalisée.

Les partisans d'un second consentement allèguent toutefois, en faveur de leur système, certains textes[1] du Digeste qui semblent ne pas placer à la convention la date du transfert, mais à une époque postérieure. — Nous répondons que le Digeste n'est pas une œuvre législative proprement dite. Ce n'est qu'une vaste compilation de fragments des jurisconsultes classiques. Ces fragments, les commissaires de Justinien les ont sans doute corrigés et adaptés, autant que possible, à la législation de leur époque. Mais ils se sont rendus coupables de bien des oublis, — les preuves en abondent, — et c'est sans doute encore l'une de leurs nombreuses erreurs, que d'avoir laissé par mégarde se glisser dans le Digeste les textes que l'on invoque, et qui se référaient à un droit abrogé

1. LL. 6, 23, § 1 D. *de hered. vend.*, XVIII, 4. — L. 3, § 5 D. *fam. ercis.*, X, 2. — L. 16 D. *de Peculio*, XV, 1. — L. 3 D. *pro socio*, XVII, 2.

depuis des siècles. Il est remarquable, du reste, que le Code ne contient aucun texte de ce genre.

Tels étaient les progrès réalisés. Toutefois ces progrès ne s'appliquaient qu'aux cessions à titre onéreux. La cession à titre gratuit y était restée étrangère. On explique quelquefois cette exception par l'influence de la loi Cincia. Mais, si tel en avait été le motif, elle n'aurait dû comprendre que les donations de créances auxquelles cette loi s'appliquait, c'est-à-dire celles dépassant un certain taux. Or, nous avons un texte sur cette matière, et il ne fait pas cette distinction. La vérité, croyons-nous, c'est que la tendance était d'entraver les donations plutôt que de les favoriser, et l'on comprend que la jurisprudence ne leur ait pas étendu le bénéfice des actions utiles. Jusqu'à Justinien, elles restèrent donc soumises à la forme de la *procuratio in rem suam*, et ne devenaient irrévocables [1] que par la *litis contestatio*. On sait d'ailleurs qu'au Bas-Empire, la *litis contestatio* avait été avancée par suite de la substitution des *cognitiones extraordinariæ* au système formulaire, et se plaçait au moment où l'affaire venait d'être exposée contradictoirement devant le juge par les parties, avant qu'on eût entendu les avocats [2]. Cette exception disparut, et les cessions de créances à titre gratuit furent assimilées aux autres, en vertu d'une constitution datée de la première année du règne

1. F. V., § 263.
2. L 14. § 1, Code *de Jud.*, III, 3- — nov. 96, cap. 1.

de Justinien et qui forme la loi 33 Code *de Donat.* VIII, 54.

Nous voici au terme de notre histoire de la transmission des obligations en droit romain. On voit combien est vaste le chemin parcouru, et avec quelle lenteur ont marché les jurisconsultes, par quelle gradation presque insensible ils sont parvenus de l'intransmissibilité complète, même par voie héréditaire, au transport par simple consentement. La lenteur des procédés et la grandeur des résultats, n'est-ce pas là en deux mots l'histoire tout entière, non seulement du droit romain, mais de Rome elle-même?

DROIT FRANÇAIS

DE LA TRANSMISSION DES OBLIGATIONS

Nous avons vu qu'en droit romain, à l'époque de Justinien, les créances et les dettes étaient devenues transmissibles, soit à titre universel, soit même à titre particulier. Or on sait quelle a été l'influence de la législation du Bas-Empire sur la formation de notre droit français. Tout le Midi de la France adopta dans ses grandes lignes le système juridique des Institutes et du Code. Même au nord de la Loire, les pays de coutumes reçurent bon gré mal gré un certain nombre d'idées et d'institutions romaines.

Il n'y a donc pas lieu de nous étonner lorsque nous voyons admise partout dans notre ancien droit la transmissibilité à titre universel des obligations. Sans doute, il n'était plus question des *sacra*, et le motif qui jadis, nous croyons l'avoir démontré, avait fait décider à Rome que les dettes ne mourraient pas avec le débiteur, ne pouvait plus être invoqué, au moins de la même façon. Mais, s'il est vrai que les ancêtres n'étaient plus révérés comme

des dieux, qu'on ne leur offrait plus de sacrifices, on ne saurait méconnaître que, tout au moins dans les familles nobles[1], ils étaient l'objet d'un profond et traditionnel respect, d'un véritable culte familial. Or, s'il y avait sacrilège pour le *paterfamiliâs* dans la famille quiritaire à offrir les gâteaux sacrés, à rendre les honneurs prescrits au défunt dont il laissait la mémoire infâme et les dettes impayées, n'y eût-il pas eu aussi une sorte de profanation de la part du gentilhomme à s'entourer des portraits de ses aïeux, à entretenir des poètes et des ménétriers chargés de célébrer leur vaillance et leurs exploits, et à laisser subsister en face de ces hommages, — amère ironie — les parchemins constatant que ces preux n'avaient pas rempli leurs engagements, à laisser s'élever contre eux le lugubre concert des plaintes et des malédictions de leurs créanciers? Ainsi, là encore, le respect de ses pères exigeait que l'héritier fût tenu des dettes de son auteur. Il était juste, dès lors, qu'il profitât des créances.

Nous croyons pourtant que cette considération de l'honneur du nom ne dut être qu'accessoire. Elle ne se serait guère appliquée qu'aux nobles. Or la transmission des obligations par voie héréditaire s'étendait également aux roturiers. C'est

1. On sait que sous notre ancien droit, un certain nombre de réformes juridiques commencèrent par n'être applicables qu'aux nobles, et finirent par être étendues sans distinctions aux autres classes de la société: telle fut, par exemple, la faculté pour la femme de renoncer à la communauté (Beautemps-Beaupré, *Cout. et Instit. de l'Anjou et du Maine*, 1re partie, t. II, p. 338. — Comp. Viollet, *Précis de l'histoire du droit français*, p. 671).

qu'elle reposait sur d'autres motifs, ceux-là absolument généraux.

On se souvient qu'à Rome même, les jurisconsultes expliquaient la transmission héréditaire des obligations, par cette idée que l'héritier continue la personne juridique de son auteur. Cette conception, nous l'avons dit, ne doit pas remonter à une haute antiquité, et la personne juridique elle-même est sans doute d'invention relativement récente. Mais elle passa dans les coutumes. « L'hoir » qui recueille les biens, souvent même le nom et le titre du *de cujus*, qui est appelé à continuer son rôle sur la scène juridique, continue en réalité, au sens étymologique, sa « personne ». Il est donc investi des mêmes droits, tenu des mêmes dettes.

Nous avons relevé déjà ce que cette idée avait d'exagéré. Mais la transmission des obligations avait encore un autre fondement et celui-là absolument rationnel. Dès le v^e^ siècle de Rome, nous avons vu que la notion de l'obligation était formée ; elle comptait dans les biens du créancier, elle était exécutoire sur les biens du débiteur ; donc elle passait à l'héritier avec ces biens activement et passivement. La conséquence, c'est que tout successeur aux biens, même autre qu'un héritier — et l'on connaît le sens restreint de ce mot dans notre ancien droit — succédait également aux créances et aux dettes. Seulement, il y avait une différence quant à la mesure de leurs obligations passives : les deux premiers motifs, en effet, conduisaient au paiement « ultra vires hereditatis » ; le troisième limitait la nécessité de

payer les dettes à la valeur des biens recueillis. Et telles furent en effet, nous le verrons, les solutions consacrées par notre ancienne jurisprudence.

La Révolution passa son niveau égalitaire sur les institutions de la France féodale et monarchique. Désormais, en droit, peu importe de quelle souche on est issu ; le fils du seigneur et celui du roturier peuvent aspirer aux mêmes distinctions, ou plutôt il n'y a plus ni seigneur ni roturier :

« Chacun vaut par lui-même et non par ses aïeux.»

D'un autre côté, la législation favorise le partage des fortunes et, par suite, la dispersion des membres de la famille. Pour ces deux raisons, le culte du foyer, qui s'était transformé sous l'action de la civilisation et du Christianisme, devait s'éteindre cette fois et faire place à la religion purement interne et subjective du souvenir. Dès lors, la qualité de continuateur du culte familial devait disparaître avec ce culte lui-même. Restaient donc les deux autres bases de la transmissibilité : l'idée traditionnelle de la continuation de la personne et le double principe que les créances font partie des biens, et qu'il n'y a de biens que dettes déduites. Le Code civil a admis ces deux conceptions, et nous aurons à indiquer les conséquences différentes qu'il en a tirées dans les principales hypothèses de succession universelle.

Quant aux transmissions à titre particulier d'obligations actives ou passives, notre ancien droit[1] et

1. Nous nous plaçons ici à l'époque capétienne. Dans une période plus reculée, il est probable que les obligations étaient rares, et peut-

le code civil ensuite ont reproduit en grande partie la législation de Justinien : la cession a lieu *solo consensu*. Nous aurons à fournir la preuve de cette affirmation, et à étudier les différents modes par lesquels on peut aujourd'hui faire passer à un tiers le bénéfice d'une créance ou la charge d'une dette. Ajoutons qu'une idée nouvelle est apparue, idée inconnue à Rome et qui nous vient des pays de coutumes, celle de l'intérêt des tiers en matière de cession de créance, et l'on a organisé pour ce cas une publicité bien avant d'avoir pensé à créer celle des transmissions immobilières [1]. On a donc distingué la cession entre les parties et la cession à l'égard des tiers.

La publicité des transports de créances est une question très intéressante et très pratique. Nous n'en dirons pourtant que quelques mots ; car cette question ne rentre pas directement dans le sujet que nous nous sommes proposé de traiter. La publicité des cessions de créances ne touche pas en effet, à proprement parler, à la transmissibilité de la créance [2],

être étaient-elles intransmissibles, au moins à titre particulier. Ce qui nous le ferait penser, c'est que les formules que nous possédons relativement aux actes passés sous les deux premières races, ne contiennent aucune trace de cession de créances.

1. On sait en effet que, dans notre ancien droit, les transmissions immobilière à titre onéreux n'étaient soumises à aucune formalité. La cession de créances, au contraire, devait être signifiée. « Un simple transport ne saisit point, et faut signifier le transport à la partie, et en bailler copie » (Cout. de Paris, art. 108).

2. Il n'est donc pas absolument exact de dire que la convention n'opère le transfert qu'entre les parties : « Quand je dis *entre les par-* « *ties*, j'emploie la formule habituelle consacrée par la loi elle-même « (Code civ., art. 1583); mais je dois avertir qu'elle n'est pas parfaite-

pas plus, par exemple, que la nécessité de la transcription ne porte atteinte à la transmissibilité de la propriété immobilière. L'une comme l'autre sont transférées par le seul consentement, et l'acquéreur a un droit réel. Si ce droit réel n'est pas opposable à tous, ce n'est là qu'une précaution du législateur dans l'intérêt des tiers, précaution qui produit sans doute des conséquences illogiques, mais dont l'incontestable utilité est une justification plus que suffisante, et que l'on peut considérer avec raison comme un progrès législatif et social [1].

Nous diviserons cette étude sur la transmission des obligations en droit français comme nous l'avons déjà divisée en droit romain [2], et nous traiterons :

Dans une première partie, de la Transmission des obligations à titre universel ;

Dans une deuxième partie, de leur Transmission à titre particulier.

« ment exacte : si la convention n'avait d'effet qu'entre l'aliénateur et « l'acquéreur, elle ne conférerait jamais qu'un droit personnel et non « un droit de propriété. » (Gide, *Études sur la novation et le transport des créances en droit romain*, page 373, note 1.)

1. Pour tout ce qui a trait à cette question de publicité, nous renvoyons à la thèse très complète de notre confrère et ami, M. Thierry : *Le principe de la Publicité dans son application aux transmissions de droits personnels.* (Caen, 1889)

2. Nous faisons abstraction ici, bien entendu, de la première partie de notre thèse romaine, relative à l'Intransmissibilité.

PREMIÈRE PARTIE

Transmission à titre universel

Pour étudier la transmission des obligations à titre universel, nous nous poserons les quatre questions suivantes, qui feront l'objet d'autant de chapitres :

I. — Quelles créances et quelles dettes sont ainsi transmises?

II. — A quels successeurs?

III. — A quel moment?

IV. — Dans quelle mesure?

CHAPITRE PREMIER

QUELLES CRÉANCES ET QUELLES DETTES SONT TRANSMISSIBLES A TITRE UNIVERSEL?

En règle générale, ce sont toutes les créances et toutes les dettes, sauf celles qui, en vertu de la loi ou de la volonté des parties, étaient exclusivement inhérentes à la personne du créancier ou du débiteur primitif.

Examinons d'abord la règle. Toutes les obligations actives et passives sont, disons-nous, transmissibles à titre universel.

Peu importe donc, en premier lieu, la cause dont elles dérivent ; l'obligation née d'un quasi-contrat passe au successeur comme celle issue d'un contrat proprement dit: ainsi l'héritier du maître dont l'affaire a été gérée, celui du *negotiorum gestor*, seront tenus des dettes et profiteront des créances qu'a engendrées la gestion d'affaires comme leurs auteurs eux-mêmes[1]. Il n'y a pas à s'inquiéter non plus si la part du patrimoine dans l'intérêt de laquelle telle dette a été contractée, ou qui a donné naissance à telle créance, est tombée ou non dans le lot de l'héritier à qui l'on réclame cette dette ou qui poursuit

1. Il en serait encore ainsi, si l'obligation provenait d'un délit ou d'un quasi-délit: l'héritier du voleur, par exemple, est tenu de restituer la chose volée et de payer les dommages-intérêts qui pouvaient être exigés du *de cujus* (Code d'inst. cr., art. 2, 2e al.).

le remboursement de cette créance[1]. Déjà dans notre ancien droit, où l'on prenait pourtant en considération l'origine des biens, on ne s'attachait pas, au contraire, à l'origine des dettes.

Enfin, il n'y a pas à tenir compte à cet égard de l'objet de l'obligation. Que cet objet soit une dation, un fait ou une abstention, l'héritier succédera à la créance ou à la dette de son auteur, et, comme lui, pourra exiger du débiteur cette dation, ce fait ou cette abstention, ou sera tenu lui-même de donner, de faire ou de ne pas faire [2].

L'obligation, lorsqu'elle passe ainsi au successeur, lui passe évidemment telle qu'elle était sur la tête de son auteur, avec les accessoires qui y étaient attachés et les exceptions qui l'affectaient. Ainsi l'héritier du vendeur de meubles continuera à jouir

1. Pothier, *Traité des successions*, chap. V, art. 2. — Ce principe souffrait pourtant deux exceptions que nous indique Pothier lui-même: 1° Dans plusieurs coutumes, notamment celles de Blois et de Tours, l'héritier aux meubles est seul tenu de toutes les dettes mobilières; il reste tenu, en outre, de sa part héréditaire dans les dettes immobilières. Cette exception ne se rencontrait pas dans certaines coutumes très anciennes qui chargeaient l'héritier aux meubles de toutes les dettes, même immobilières. On comprend que le but de ces coutumes, comme de celles de Blois et de Tours, était de conserver les immeubles dans les familles. Aussi toutes ces singularités, qui n'existaient pas, d'ailleurs, dans les coutumes de Paris ni d'Orléans, ont-elles disparu sous le Code civil. — 2° La dette d'un corps certain n'est due que par ceux qui y succèdent: le défunt, en effet, aurait cessé d'y être tenu si, sans son fait ni sa faute, il avait cessé de le posséder; ceux de ses héritiers qui ne le possèdent pas ne peuvent pas en être tenus. Cette exception a disparu également. C'est que le raisonnement de Pothier était erroné: tous les héritiers ont trouvé l'obligation dans le patrimoine du *de cujus*, puisqu'il n'avait pas cessé de posséder; donc chacun d'eux en est tenu (*nec obstat*: art. 1221 2e al.)

2. L. 13, C. *de Contr. et Comm. stip.*, VIII, 38. — Lebrun, liv. II, chap. VIII, n° 10. — Pothier, *des Obligations*, n° 673. — Demolombe, tome XIV, n°s 512 et suivants.— Aubry et Rau, tome VI, §§ 615 et 617.

du privilège du vendeur de meubles ; si une créance était garantie par une hypothèque, cette hypothèque subsistera au profit du représentant du créancier, comme subsisterait aussi l'engagement de la caution. A l'inverse, le débiteur conservera contre lui toutes les exceptions qu'il aurait pu invoquer contre le créancier primitif, par exemple la compensation, le dol. — Plaçons-nous maintenant en face d'un successeur du débiteur. La dette lui est également transmise telle qu'elle était. Tous les droits, privilèges et hypothèques, qui pouvaient être exercés contre son prédécesseur peuvent l'être contre lui ; en revanche, il conserve les mêmes exceptions.

Toutes ces solutions sont certaines, quel que soit le fondement — représentation de la personne ou succession au patrimoine — que l'on assigne à la transmission des obligations. Dans le premier cas, le successeur, étant considéré comme le *de cujus* lui-même, doit être traité comme celui-ci l'eût été s'il avait survécu. Dans le second cas, la conséquence est identique ; car, s'il est vrai que le successeur recueille les obligations avec le patrimoine, il les recueille forcément telles qu'elles s'y trouvent.

Nous devons pourtant reconnaître que, si l'on est généralement d'accord sur presque tous ces points, l'un d'eux a été vivement contesté. C'est le droit que nous accordons au successeur du débiteur de faire valoir les exceptions ayant appartenu à celui-ci. On convient que notre solution serait parfaitement logique, si le représentant n'était tenu que

parce qu'il est représentant ou parce qu'il succède au patrimoine. Mais il faut, ajoute-t-on, tenir compte d'un autre élément : l'acceptation de la succession constitue un quasi-contrat par lequel l'héritier s'engage lui-même personnellement envers le créancier héréditaire. Il y a donc là une obligation nouvelle à l'effet de laquelle les exceptions qui affectaient l'ancienne ne sauraient porter atteinte.

Si nous mentionnons cette théorie, c'est seulement parce qu'elle a été soutenue avec un certain éclat par des auteurs éminents ; car nous sommes convaincu qu'elle est profondément inexacte. Nous croyons bien que l'acceptation de la succession constitue un quasi-contrat par lequel l'héritier, en fixant définitivement en sa personne la qualité de continuateur du défunt, en réalisant à jamais la confusion des patrimoines, devient par le fait même débiteur des créanciers héréditaires. Il y a donc de sa part un engagement implicite envers eux. Mais quel est cet engagement? Est-il, comme on le prétend, absolument distinct et indépendant de celui du défunt? C'est ce que nous nous refusons à admettre. En acceptant la succession, l'héritier dit en somme : « J'accepte de continuer la personne « du défunt, je consens à confondre son patrimoine « avec le mien ; en cette double qualité de conti- « nuateur de la personne et de successeur aux biens, « je serai tenu de ses obligations ; mais j'en serai « tenu comme il l'était lui-même: c'est telles qu'elles « se trouvent dans son patrimoine que ses dettes m'im- « combent désormais ». Il n'y a donc pas là, à pro-

prement parler, un engagement nouveau. L'héritier se réfère simplement à l'engagement de son auteur et prend cet engagement à sa charge. C'est donc toujours la même obligation qui subsiste, affectée des mêmes exceptions.

D'ailleurs, ceux mêmes qui enseignent le système contraire seraient bien obligés de s'incliner, au cas où l'héritier aurait fait expressément ses réserves au sens que nous indiquons. Comment présumer, s'il ne l'a pas fait, qu'il a entendu promettre aux créanciers plus qu'il n'y était obligé? C'est contraire à cette règle de droit et de bon sens que les libéralités ne se présument pas.

Nous considérons donc comme certain qu'il faut écarter cette théorie[1], et s'en tenir à la règle aussi équitable que logique que nous avons indiquée : les obligations passent au successeur telles qu'elles étaient dans le patrimoine du *de cujus*, tant activement que passivement.

Pourtant cette règle générale n'est pas absolue ; et, en la formulant, nous avons indiqué par avance qu'elle subissait une restriction, lorsque l'intransmissibilité résultait soit de l'intention des parties, soit de la loi. Citons seulement, à titre d'exemple, l'art. 2 du Code d'inst. cr., dont le premier paragraphe dispose que l'action publique pour l'applica-

1. Voyez dans notre sens : Demol. XIV, nos 512 et suiv. — Odier, *du Contr. de mariage*, T. II, no 1248.— Duranton, T. XV, no 531—Rodière et Pont, *Contrat de mariage*, T. II, no 490.— Teissier, *de la Dot.* T. I, no 162.— Tambour, *du bénéf. d'inv.*, pages 392 et suiv.— Cass., 14 nov. 1855 (S., 55, I, 437). — *Contrà* : Delvincourt, T. III, p. 340. — Caen, 10 janvier 1842 (S., 42, II, 209).

tion de la peine s'éteint par la mort du prévenu. C'est ainsi encore que l'obligation alimentaire disparaît par le décès du créancier ou du débiteur : sans doute il pourra arriver que leurs héritiers en profitent ou en soient tenus ; mais ce sera alors, non en vertu d'une transmission, non en qualité de successeurs, mais parce que cette créance ou cette dette naîtra directement en leur personne.

CHAPITRE II

A QUELS SUCCESSEURS UNIVERSELS LES OBLIGATIONS SONT-ELLES TRANSMISES?

Ici encore la réponse est facile: à tous les successeurs universels proprement dits, ou à titre universel.

Et d'abord à l'héritier, au sens général du mot, c'est-à-dire à celui qui recueille l'universalité ou une quote-part de l'universalité du défunt, en vertu soit d'un testament, soit de la loi. Dans ce terme se trouvent donc compris, non seulement tous les héritiers légitimes ou successeurs *ab intestat*, mais encore les légataires universels ou à titre universel. C'est ce qui ressort en premier lieu des principes. Tout ayant cause à titre universel, lors même qu'il ne continue pas la personne du défunt, recueille une portion aliquote de ses biens: or, premièrement, les créances font partie des biens, et secondement, il n'y a de biens que dettes déduites. C'est d'ailleurs ce que décident expressément plusieurs textes, par exemple, les articles 724, 802, 803 § 2, 1012; d'autres conduisent à la même solution *a contrario*, tel est l'article 1024; d'autres enfin la supposent implicitement, comme les articles 775, 783, 793 et s., 797 et s., 807, 809, 967, 1004, 1005, 1006.

Il faut en dire autant du donataire universel ou à titre universel de biens présents ou de biens à venir,

ou cumulativement de biens présents et à venir [1]. Il y avait ici du reste des distinctions à établir, et la loi l'a fait d'une manière très rationnelle.

Supposons un donataire universel de biens présents. On pouvait évidemment, au point de vue où nous nous plaçons, le comparer à un légataire au profit duquel la succession s'ouvrirait immédiatement. C'est ce qu'a fait la loi. Seulement, la succession s'ouvrant actuellement, l'universalité se trouve limitée à son égard d'une manière définitive : il profite des créances existant lors de la donation, il est tenu des dettes qui grèvent à cette époque le patrimoine du donateur. Mais les événements postérieurs qui peuvent arriver à ce même donateur sont désormais indifférents au donataire universel. Ce patrimoine qui lui a été donné, c'est le sien maintenant : le donateur ne peut plus ni l'enrichir ni le diminuer. On connaît d'ailleurs à cet égard la disposition de l'article 945.

S'agit-il d'un donataire de biens à venir? Alors la ressemblance avec un légataire est encore plus marquée. Nos anciens jurisconsultes l'avaient si bien compris qu'ils désignaient habituellement la donation de biens à venir sous le nom d'institution contractuelle, expression que le Code n'a pas reproduite, on ne sait pourquoi. Malgré cette libéralité, le donateur reste, tant qu'il vit, maître absolu de son patrimoine, sous cette seule restriction qu'il ne peut plus en disposer à titre

1. On sait que la donation de biens à venir et la donation cumulative de biens présents et à venir ne sont permises par le Code que d'une manière exceptionnelle (art. 1082 à 1085).

gratuit. Il lui est donc permis de l'augmenter de toutes manières, et les créances qu'il acquiert y tombent. Il lui est permis aussi de le grever à titre onéreux, et les dettes qu'il contracte, pourvu qu'elles ne déguisent pas de véritables libéralités, y tombent également. A sa mort, le donataire de biens à venir profitera de toutes ces créances, sera tenu de toutes ces dettes (art. 1082, 1083).

Quant à la donation cumulative de tous biens présents et à venir, nous n'avons pas à en parler. On sait, en effet, qu'elle se réduira en dernière analyse, lors du décès du donateur et au choix du bénéficiaire, soit en une donation de biens présents, soit en une donation de biens à venir. Le donataire sera donc traité suivant telles ou telles des règles que nous avons indiquées, d'après le parti qu'il aura pris (1084).

A côté des héritiers et légataires, d'une part, et d'autre part, des donataires, il faut placer les enfants entre lesquels a été fait un partage d'ascendants (art. 1075 à 1080) et qui se rapprocheront tantôt des uns, tantôt des autres. Si, en effet, le partage a eu lieu par testament, les enfants copartageants sont considérés comme de véritables héritiers. Si, au contraire, il a été fait par donation entre vifs, ce sont des donataires de biens présents. Dans ce dernier cas, il faut remarquer qu'ils ne seront tenus, en conséquence, que des dettes présentes, et encore, bien entendu, à la condition que la donation-partage soit à titre universel.

Quand nous aurons mentionné enfin l'acquéreur

à titre onéreux d'une universalité ou d'une quote-part d'une universalité, acquéreur que nous assimilerons au donataire de biens présents (car on sait qu'aux termes des articles 1130 et 1600 tout pacte sur succession future est interdit, et l'on comprend que la vente d'une succession ouverte est une vente de biens présents), nous aurons parcouru toute la liste des successeurs universels ou à titre universel.

Or, seuls ces successeurs sont tenus du fardeau des dettes, et cela, en vertu d'une interprétation de volonté bien raisonnable et que l'on formule habituellement dans le brocart : « Æs alienum est onus universi patrimonii, non singularum rerum ». Seuls aussi, ils ont le bénéfice des créances, sauf, bien entendu, l'hypothèse d'une clause contraire [1], hypothèse que nous n'avons pas à examiner en ce moment ; car elle rentre dans notre seconde partie.

Pourtant il y a un cas que nous devons signaler ici, dans lequel un successeur à titre particulier bénéficie des créances et est tenu des dettes dans une certaine mesure, la loi le considérant ou du moins le traitant alors comme une sorte de successeur à titre universel. Nous voulons parler du légataire d'usufruit lorsque son usufruit porte sur toute la succession ou sur une quote-part de cette succession, sur tous les meubles, sur tous les immeubles ou sur une quote-part des meubles ou des immeubles, lors en un mot qu'il constituerait un

1. On comprend que cette clause est licite, puisque la disposition de la loi n'est qu'une interprétation de volonté.

legs universel ou à titre universel si, au lieu d'un usufruit, c'était une pleine propriété ou une nue propriété. Que ce ne soit qu'un legs particulier, c'est là une vérité généralement reconnue aujourd'hui. Ce n'est pas, en effet, un legs universel, puisque le légataire d'usufruit, ne pouvant jamais avoir que de l'usufruit, n'a pas vocation au tout. Ce n'est pas non plus un legs à titre universel, legs inventé par les rédacteurs du Code civil et dont ils ont énuméré limitativement les applications dans l'article 1010. Et pourtant l'article 612 indique que l'usufruitier universel ou à titre universel, comme il l'appelle, sera tenu de contribuer au paiement des dettes. Cette disposition, qui semble anormale lorsqu'on la considère au point de vue auquel nous nous plaçons, est en réalité excellente. L'usufruitier a la jouissance de tout ou partie de la succession ; il profite dans la même proportion des intérêts des créances il était juste qu'il fût tenu de payer, aussi dans la même proportion, les intérêts des dettes. Et c'est en somme tout ce que décide la loi. C'était juste, disons-nous, ajoutons qu'il y avait encore en faveur de ce système une raison économique. Les usufruits testamentaires sont nombreux, et le plus souvent universels ou à titre universel, pour employer l'expression de la loi. La position du nu propriétaire est la plupart du temps assez gênée : lui imposer de payer les intérêts des dettes, alors qu'il ne touche pas les revenus, c'eût été le contraindre, en fait, à vendre sa nue propriété. Or une pareille vente se fait toujours à vil prix. Si l'on réfléchit à quelles spéculations cette

situation eût donné lieu, on comprend qu'il y avait là un véritable danger social auquel le législateur a bien fait de parer. Nous serions même assez porté à croire que ce fut là le motif de décision, et ce qui nous le ferait penser, c'est que le législateur n'a écrit cette dérogation au droit commun que pour le cas le plus fréquent, l'usufruit testamentaire, alors qu'il aurait dû l'étendre à tous les autres cas, s'il avait été inspiré par une simple vue d'équité.

CHAPITRE III

A QUEL MOMENT LES OBLIGATIONS SONT-ELLES TRANSMISES ?

Après avoir examiné à quels successeurs sont transmises les créances et les dettes, nous devons nous demander maintenant à quel moment cette transmission a lieu.

En matière de donation de biens présents ou d'acquisition universelle entre vifs, c'est évidemment au moment même du contrat (1583).

S'agit-il au contraire d'une succession à cause de mort, l'instant de la transmission se place au décès. C'est au décès, en effet, que s'ouvre et que se fixe le droit de chacun des successeurs ; c'est au décès qu'ils commencent à représenter la personne qui vient de disparaître; c'est au décès qu'ils recueillent son patrimoine ; c'est au décès qu'ils deviennent propriétaires de ce dont il était propriétaire : c'est donc à cette même date qu'ils doivent devenir également créanciers de ce dont il était créancier, débiteurs de ce dont il était débiteur[1]. Mais ici nous devons insister davantage.

On sait qu'en ce qui concerne les droits réels, la loi en a distingué d'une part la propriété, — si l'on nous permet d'employer cette expression qui signifie seulement ici la faculté de disposer et de transmettre, — propriété qui, dès l'ouverture de

1. DEMOLOMBE, t. XIV, nº 508. — C. civ., art. 777.

la succession, appartient immédiatement à tous les successeurs, quels qu'ils soient, et d'autre part la possession, la jouissance à l'égard de laquelle elle distingue plusieurs catégories d'ayant droit, l'accordant aux uns *de plano* par la saisine, obligeant les autres à remplir certaines formalités pour l'obtenir. Telle est du moins la théorie la plus généralement admise aujourd'hui sur la saisine [1], qui ne serait que la possession légale conférée directement par la loi aux héritiers légitimes et, en l'absence de réservataires, aux légataires universels, les autres successeurs étant obligés pour l'obtenir d'avoir recours à l'envoi en possession ou à la demande en délivrance, lesquels leur conféreraient alors, mais seulement à compter de leur date, les mêmes avantages que la saisine. Telle est, disons-nous, la théorie générale et nous nous y rallions. Sans entrer ici dans une discussion qui nous éloignerait de notre sujet, nous devons cependant exposer brièvement les motifs qui nous déterminent.

Dans notre ancien droit, le but originaire de la saisine fut d'échapper au droit de relief. « Le mort saisit le vif [2] », dit-on. Cette fiction d'un

1. Demolombe, t. XIII, nos 124 et suiv. — Aubry et Rau, VI, § 609.

2. Cout. de Paris, art. 318. — Cout. d'Orléans art. 301. — Cout. de Normandie, art. 235. — Loysel, *Institutes coutumières*, II, tit. V, n° 317. — Comp. ces vers du Rom. de Rou :

« Donc courut un home au terrein,
« Ser un bordel tendit sa main
« Plaing poing près de la covreture,
« Au duc tourna à grant aleure.
« Sire, dit-il, avant venez,
« Ceste saisine recevez,
« De ceste terre vous saisis,
« Vostre est sans doute le païs. »

Voyez aussi Michelet, *Origines du Droit français*, p. 114 et suiv.

ensaisinement direct du vivant par le *de cujus* dispensait de l'intermédiaire du seigneur et, par suite, ôtait tout prétexte à la perception d'un droit fiscal. L'héritier entrait donc de plein droit en possession et jouissance des biens. L'héritier, disons-nous, mais quel héritier? « L'hoir le plus proche et habile à succéder. » C'était donc l'héritier légitime seul. On se souvient, en effet, que le vieux droit coutumier ne reconnaissait que celui-là: « Heredes gignuntur, non scribuntur — Deus solus « heredes facere potest. » Sans doute le testament était connu; mais, s'il, contenait une institution d'héritier, cette institution était nulle: « En pays de Coutume, institution d'héritier n'a lieu. » Le testament ne pouvait renfermer que des legs, et il s'en fallait que les légataires fussent mis sur le même pied que l'héritier: spécialement, ils n'avaient pas la saisine, et ne pouvaient entrer en possession des biens à eux légués qu'en recourant à certaines formalités. En présence de ce système, qu'ont fait les rédacteurs du Code civil? Dans l'article 724, ils déclarent les héritiers légitimes saisis de plein droit. Dans l'art. 1002, ils disposent que l'institution d'un héritier testamentaire vaudra comme legs, et, dans les sections suivantes, ils énumèrent les formalités que devront remplir les légataires avant d'entrer en possession. C'est donc, au point de vue de la saisine, la reproduction de l'ancienne doctrine. Mais la loi, dans l'article 1006, y apporte une dérogation considérable: elle accorde la saisine au légataire universel en l'absence d'héritier réservataire.

Quelle est donc la pensée du Code civil? Ce n'est plus, assurément, une question fiscale : l'envoi en possession n'astreint, lorsqu'il est nécessaire, qu'à des frais très minimes, et le droit de mutation est indépendant de la saisine. Ce n'est pas non plus, l'article 1006 le prouve, une faveur spéciale pour l'héritier du sang. Dès lors, il nous semble que l'idée législative se dégage clairement : c'est une simple mesure de protection dans l'intérêt de la succession et des tiers. Il faut que les biens héréditaires soient administrés ; il faut que les personnes étrangères en relation avec la succession trouvent à qui s'adresser: donc il était nécessaire que certains successeurs fussent de suite investis de l'administration et de la jouissance. Mais un danger existait : celui d'admettre ainsi à la saisine des personnes auxquelles on pourrait venir plus tard contester la qualité de successeur, et dont on ferait tomber les actes au détriment soit de la masse successorale, soit des tiers. Donc, s'il fallait accorder la saisine à certains successeurs, il ne fallait l'accorder qu'à ceux dont le titre était certain, indiscutable. Or, un testament peut toujours être critiqué. Seuls, par conséquent, les héritiers légitimes, dont la vocation dérive de la loi, devraient avoir la saisine. Toutefois, une circonstance était à prévoir. Supposons un legs universel : s'il y a des réservataires, ils administreront la succession, car ils y sont intéressés ; mais, s'il n'y a que des héritiers du sang non réservataires, ceux-ci, n'ayant aucun intérêt dans la succession, la laisseront à l'abandon. De là un préjudice considérable et pour

les tiers, et pour le légataire universel, si, dans cette dernière hypothèse, la loi l'avait soumis à une demande en délivrance. Aussi, dans cette hypothèse, mais dans cette hypothèse seulement, la loi l'y a-t-elle soustrait[1].

Dès lors, si tel est le fondement de la saisine, on comprend qu'une fois la délivrance consentie ou l'envoi en possession obtenu, la situation du bénéficiaire est la même que celle de l'héritier saisi : l'un et l'autre sont en possession légale.

Or, ce que nous avons dit ici de la propriété et de la possession des droits réels est vrai également de la propriété et de la possession des droits personnels actifs et passifs. Oui, les obligations sont immédiatement transmises au décès; mais la possession n'en appartient qu'aux successeurs saisis. Les autres ne l'auront qu'après avoir été envoyés en possession, ou après avoir obtenu la délivrance de leur legs. Jusque-là les héritiers saisis sont à l'égard des tiers les seuls créanciers, les seuls débiteurs ; et les créances et les dettes se divisent entre eux, au point de vue de la poursuite, proportionnellement à leurs parts héréditaires et abstraction faite des successeurs non saisis. Qu'il faille ainsi faire abstraction des successeurs non saisis — sauf, bien entendu, à établir plus tard une juste répartition et contribution — c'est ce sur

1. Art. 1006. — On peut remarquer que la loi ne prend aucune disposition semblable en faveur du légataire à titre universel. C'est qu'en effet, il se trouve toujours en présence soit d'un légataire universel, soit d'un héritier qui, même s'il n'est pas réservataire, est appelé à recueillir tout ce qui excède la vocation du légataire à titre universel, et par conséquent a intérêt à administrer.

quoi tout le monde est d'accord. Ce point ne pouvait être, en effet, sérieusement discuté en présence, d'une part, des traditions coutumières absolument formelles, et d'autre part, des articles 724, 870, 871 et 873, qui distinguent nettement ce qu'on a appelé l'obligation aux dettes, de la contribution.

On a vivement contesté, au contraire, que ce fût pour leur part héréditaire, que les héritiers saisis pouvaient poursuivre ou être poursuivis. La difficulté vient de ce que le texte de l'article 873 porte qu'ils sont tenus « personnellement..... pour leur part et portion virile ». Or, dit-on, il est impossible, sans changer la loi, de substituer ici le mot *héréditaire* au mot *virile* : d'autant qu'en admettant la répartition provisoire par portions viriles, le Code n'a fait que consacrer l'ancien droit. — Nous pensons pourtant que cette substitution doit être faite. Elle est nécessaire en présence de l'article 1220, aux termes duquel les héritiers « ne peuvent demander la dette ou ne sont tenus de la payer que pour les parts dont ils sont saisis, ou dont ils sont tenus comme représentant le créancier ou le débiteur. » Car ils ne sont saisis, ils ne représentent le créancier ou le débiteur, que chacun dans la mesure de sa part héréditaire. Donc c'est dans cette mesure, et seulement dans cette mesure, qu'ils peuvent poursuivre et être poursuivis. Ajoutons que sans doute le système de notre ancien droit était contraire; mais cela s'expliquait par la multiplicité des règles relatives à la dévolution des propres, des acquêts, des biens paternels et maternels, et l'impossibilité de savoir *a priori* pour quelle

fraction un héritier donné représentait le défunt. Mais aujourd'hui que l'article 732 a supprimé ces distinctions, cette fraction peut être connue immédiatement, et il eût été, par conséquent, déraisonnable d'admettre ici la répartition en portions viriles. L'article 1220 démontre que le Code civil ne l'a pas fait. Le mot *portion virile*, dans l'article 873, a été copié par distraction sur Pothier, et nous éprouvons d'autant moins de scrupules à le remplacer par l'expression *portion héréditaire*, qu'un autre texte, l'article 1475, emploie ces deux termes comme synonymes.

En résumé, dès l'instant de la mort du *de cujus*, les obligations passent sur la tête de ses héritiers, successeurs irréguliers, légataires ou autres ayant cause à titre universel, chacun les acquérant proportionnellement à la part définitive qu'il doit avoir dans le patrimoine. Mais ceux-là seuls qui ont la saisine et qui sont actuellement en possession de l'hérédité, sont également, jusqu'à nouvel ordre, considérés comme créanciers et débiteurs à l'égard des tiers, exactement comme si définitivement la succession devait être partagée entre eux seuls. Plus tard, lorsque les successeurs non saisis auront acquis, au moyen de l'envoi en possession ou de la délivrance, l'équivalent de la saisine, ils auront recours contre les héritiers saisis pour partager avec eux le bénéfice des créances dont ceux-ci ont touché le remboursement, et seront soumis, à l'inverse, aux poursuites de ces mêmes héritiers à l'effet de leur rembourser une partie du passif payé par eux; le tout proportion-

nellement à la part que ces mêmes légataires ou envoyés en possession prennent dans l'actif.

Mais, lorsqu'ils ont ainsi obtenu l'envoi en possession ou la délivrance de leur legs, les successeurs qui n'avaient pas la saisine, vont-ils seuls pouvoir désormais, pour leur part héréditaire, poursuivre les débiteurs et être poursuivis par les créanciers de l'hérédité? Ou bien le droit de poursuite continue-t-il de résider activement et passivement en la personne des héritiers saisis, même pour la part des autres et à l'exclusion de ceux-ci? Ou bien enfin les créanciers et les débiteurs héréditaires ont-ils une option et peuvent-ils, à leur choix, soit demander ou payer à chaque successeur sa part définitive, soit s'en tenir à l'effet de la saisine, et considérer les faits postérieurs comme étant à leur égard *res inter alios acta*? Ces trois opinions ont été soutenues; mais nous nous rattachons sans hésiter à la première: elle est la conséquence nécessaire du système que nous avons admis sur la saisine. S'il est vrai, comme nous le pensons, que l'envoi en possession ou la délivrance soient l'équivalent de la saisine, à partir du moment où ils ont eu lieu, tous les successeurs sont sur le même pied au point de vue de la possession comme au point de vue de la propriété; chacun peut donc seul poursuivre ou être poursuivi pour la part qu'il recueille définitivement dans l'hérédité. La deuxième alternative nous paraît donc inadmissible dans notre théorie. Quant au droit d'option, que la troisième opinion reconnaît aux créanciers ou débiteurs héréditaires, nous ne com-

prenons pas sur quoi on l'appuie. L'envoi en possession, la délivrance sont à l'égard des tiers, dit-on, *res inter alios acta*. C'est oublier que, si les contrats et aussi les jugements, assimilés à cet égard aux contrats[1], n'ont d'effet qu'entre les parties, il n'en est pas ainsi des translations de propriété, à moins que la loi ne les ait soumises à des mesures de publicité, et elle ne l'a pas fait pour les transmissions à cause de mort. Or, c'est d'une transmission à cause de mort que ces successeurs tiennent leur droit. Ce droit comprenait la propriété et la possession, et logiquement, dès l'instant du décès, l'une et l'autre auraient dû leur appartenir. Si la loi leur refuse la possession, dans l'intérêt des tiers, jusqu'à l'accomplissement de certaines formalités, au moins leur droit doit-il être complet lorsque ces formalités sont remplies. Ces formalités, du reste, elles ne font, nous l'avons dit, qu'équivaloir à la saisine. Donc, depuis leur accomplissement, les bénéficiaires doivent être traités comme les héritiers saisis; et il n'en serait pas ainsi si l'on admettait cette option au profit des créanciers et débiteurs héréditaires.

A l'inverse, on s'est posé la question suivante. Des successeurs non saisis se sont mis en possession de fait. Des tiers, créanciers ou débiteurs de l'hérédité, ont-ils le droit de les poursuivre ou seront-ils valablement libérés en payant entre leurs mains? Oui, répondent MM. Aubry et Rau à la première de ces deux demandes; et cette réponse est en parfaite

1. « Judiciis quasi contrahimus », porte un adage bien connu et qui est tiré d'un texte d'Ulpien (L. 3, § 1, D., *De peculio*, XV, 1).

harmonie avec notre théorie sur la saisine: car l'intérêt des créanciers n'est pas compromis, non plus que celui de la succession. Nous croyons, au contraire, qu'il faut résoudre négativement la question de savoir si le paiement fait par les débiteurs héréditaires dans ces conditions est libératoire: le contraire compromettrait les intérêts des autres héritiers, intérêts que la loi veut sauvegarder. En commettant une irrégularité, d'ailleurs, il est inadmissible que ces successeurs se soient créé un droit, le droit de donner une quittance valable. Sans doute, leur position va être très critique; mais ils ne peuvent s'en prendre qu'à eux-mêmes : ils sont en faute.

CHAPITRE IV

DANS QUELLES LIMITES SONT TRANSMISES LES CRÉANCES ET LES DETTES

En principe, les obligations sont transmises pour le tout, chacun des successeurs y prenant une part proportionnelle à sa part héréditaire, c'est-à-dire à la part pour laquelle il représente le défunt ou pour laquelle il recueille son patrimoine. Ceci ne souffre aucune difficulté quant aux créances; mais il n'en est pas de même en ce qui concerne les dettes. Supposons une succession où il y ait plus de passif que d'actif. Les successeurs vont-ils être tenus de payer tout le passif intégralement, ou bien seulement à concurrence de l'actif? Si même on admet cette seconde solution, les créanciers héréditaires vont-ils voir leur droit de poursuite borné aux biens de la succession, ou vont-ils pouvoir poursuivre à leur choix leur paiement, soit sur les biens de la succession, soit sur le patrimoine personnel de l'héritier? Questions très pratiques, dont la première seule d'ailleurs est controversée, et dans l'examen desquelles nous devons entrer.

Et d'abord, les successeurs sont-ils tenus des dettes d'une manière indéfinie ou seulement à concurrence de l'actif héréditaire, et pour rappeler ici la formule consacrée, sont-ils obligés *ultra* ou *intra vires hereditatis?* A cette première question, il n'est pas pos-

sible de répondre d'une manière absolue. Une distinction est nécessaire.

On se rappelle le double fondement sur lequel repose aujourd'hui la transmission des obligations par voie héréditaire : le successeur la recueille, avons-nous dit, soit comme continuateur de la personne, soit comme successeur aux biens. Or, si ces deux qualités peuvent être réunies, elles peuvent aussi être séparées. Il y a donc à cet égard, sous notre droit, deux espèces de successeurs : ceux qui représentent la personne et ceux qui recueillent seulement les biens. On comprend que, suivant qu'il s'agira des successeurs de l'une ou de l'autre espèce, la solution à donner quant à l'obligation aux dettes *ultra* ou *intra vires* devra varier. Le continuateur de la personne sera tenu indéfiniment, sur ses propres biens, de l'acquittement des dettes du défunt : car le défunt dont il est le représentant y était tenu lui-même personnellement et indéfiniment. L'autre, au contraire, n'y sera tenu qu'à concurrence de l'actif, son obligation provenant uniquement de ce qu'il ne peut recueillir plus qu'il n'y a, et qu'il n'y a de biens que dettes déduites. Ce sont là des propositions universellement admises et que nous ne nous arrêterons pas à démontrer. Mais toute la difficulté est de déterminer quels sont, sous le Code civil, les représentants de la personne, quels sont les simples successeurs aux biens.

On a proposé un criterium, la saisine. Tous ceux qui l'ont, et ceux-là seuls, représenteraient la personne et seraient tenus *ultra vires*. On invoque sur-

tout en ce sens l'article 724, qui consacre, assure-t-on, l'obligation *ultra vires* des héritiers légitimes et en fait le corollaire de la saisine. La conséquence de ce système serait la suivante : seraient tenus *ultra vires* : l'héritier légitime et, en l'absence de réservataires, le légataire universel. Tous autres successeurs, par exemple, enfants naturels, légataires universels en face de réservataires, légataires à titre universel, institués contractuels, etc... ne seraient tenus qu'à concurrence de l'actif [1].

Une autre opinion trouve ce criterium insuffisant. Elle admet que tous ceux qui ont la saisine sont considérés par la loi comme représentant la personne et par suite tenus *ultra vires*. Mais elle y joint les successeurs irréguliers tels que les enfants naturels et le conjoint survivant : ils représentent plutôt le défunt, dit-on, qu'un légataire universel. Il y a donc un argument *a fortiori*, bien que ces successeurs ne soient pas saisis, pour les déclarer tenus indéfiniment [2].

Nous croyons, pour notre part, que ces deux systèmes vont trop loin et que le véritable criterium est le suivant : ceux-là seuls sont tenus *ultra vires* que la loi appelle à proprement parler héritiers.

Réfutons d'abord le premier système. On invoque

1. Ce système invoque également Pothier (*Successions*, chap. III, section II).—Colmet de Santerre, T. III, n° 24 *bis* III et T. IV, n° 148 *bis*, III.

2. Demol., T. XIII, n° 160. — Ce système aboutit logiquement à étendre l'obligation *ultra vires* à tous les successeurs à titre universel. M. Demolombe ne repousse pas cette conclusion, qui est admise par un arrêt de la Cour de cassation du 13 août 1851 (S., 1851, I, 657).

l'article 724 ; étudions donc ce texte : « Les héritiers « légitimes sont saisis de plein droit des biens, « droits et actions du défunt, sous l'obligation d'ac- « quitter toutes les charges de la succession : les « enfants naturels, l'époux survivant et l'État doi- « vent se faire envoyer en possession par justice, « dans les formes qui seront déterminées. »

Aux termes de ce texte, les héritiers légitimes sont obligés d'acquitter toutes les charges de la succession. Mais dans quelles limites ? Est-ce intégralement ou seulement *intra vires* ? C'est ce que la loi ne dit pas ; car les mots « toutes les charges » ne tranchent pas le problème et s'expliquent aussi bien dans l'une ou l'autre interprétation. Si donc nos législateurs ont eu en vue ici de résoudre la question du paiement indéfini ou limité, il faut reconnaître qu'ils ont oublié de dire en quel sens. Aussi pensons-nous que tel n'est pas le but du texte. Selon nous, il vise uniquement la possession et l'administration de la succession depuis le jour du décès ; et, au point de vue des obligations spécialement, il décide que provisoirement les héritiers légitimes seuls pourront poursuivre ou être poursuivis. Ceci ressort de l'opposition que fait l'article 724 entre la saisine et l'envoi en possession : les héritiers légitimes, seuls en possession légale, peuvent seuls être poursuivis par les créanciers et légataires, comme seuls ils peuvent exercer toutes les actions héréditaires : quant aux successeurs irréguliers, il faut auparavant qu'ils aient obtenu l'envoi en possession. Voilà, croyons-nous,

ce que dit et tout ce que dit l'article 724. Il n'y est pas question d'obligation *ultra vires*.

S'il en est ainsi, aucun autre article du Code ne visant cette question, elle doit être tranchée à l'aide des traditions. Or, dans nos anciennes coutumes, l'héritier légitime seul représentait le défunt. Donc il en est ainsi encore aujourd'hui, et l'héritier légitime seul est tenu *ultra vires*.

On objecte qu'il pouvait en être ainsi dans notre ancien droit, mais qu'alors l'héritier légitime seul était saisi, tandis qu'aujourd'hui la loi donne également la saisine au légataire universel quand il n'y a pas de réservataires, et que, par conséquent, le légataire universel dans ce cas doit être assimilé à l'héritier légitime et comme lui tenu *ultra vires*.

Cet argument ne nous touche pas. En premier lieu, il n'est pas exact que l'héritier légitime seul fût saisi sous notre ancien droit : les enfants naturels l'étaient aussi, et pourtant ils ne représentaient pas la personne. Donc, dès lors, il n'y avait pas entre ces deux situations, la saisine et l'obligation *ultra vires*, corrélation nécessaire. En outre, nous avons nous-même, on s'en souvient, invoqué l'article 1006 pour soutenir que la saisine n'était plus aujourd'hui une question de dignité du successeur, mais une simple mesure de précaution dans l'intérêt de l'hérédité et des tiers ; et nous en donnons un double motif : d'abord le légataire universel, même s'il a été institué sous le nom d'héritier, n'est pas un héritier, mais un

légataire, aux termes mêmes de la loi (art. 1002); d'autre part, comprendrait-on que la loi eût fait dépendre ainsi de la présence d'un réservataire la qualité de représentant de la personne ou de simple successeur aux biens, qui appartiendrait au légataire universel? Nous avons montré que cette considération s'explique très bien, au contraire, en ce qui a trait à la saisine.

A fortiori rejetterons-nous le système de M. Demolombe, qui étend l'obligation *ultra vires* aux successeurs irréguliers.

La loi, dit l'illustre jurisconsulte, emploie souvent le mot héritiers pour désigner d'une manière générale tous les successeurs *ab intestat*, et il cite les articles 870, 871, 873, 875, 1009, 1013, 1020. Cela est vrai, répondrons-nous, la loi emploie ici un terme commode; mais elle a eu soin de nous prévenir à l'avance que les successeurs irréguliers n'étaient pas des héritiers proprement dits, en refusant ce titre expressément dans l'article 756 aux plus favorables d'entre eux, les enfants naturels. Ce système, en outre, serait une innovation. Dans notre ancien droit, les successeurs irréguliers ne succédaient pas à la personne, mais seulement aux biens ; d'où il suit qu'ils étaient tenus des dettes comme charge des biens et jusqu'à concurrence de leur valeur[1]. Pour soutenir que le Code a rompu avec cette tradition, il faudrait s'appuyer sur un texte, et il n'y en a pas. Ici même l'argument tiré de la saisine fait défaut. Bien

1. Pothier, *des Successions*, ch. VI.

plus, il se retourne contre ce système : dans l'ancien droit, les enfants naturels ne représentaient pas le défunt ; pourtant, ils avaient la saisine : comment prétendre qu'ils le représentent aujourd'hui, alors que la loi la leur refuse ? Enfin, cette théorie se brise contre les articles 723, 727 et 768, qui mettent sur le même rang tous les successeurs irréguliers. Or, il est bien certain que l'État ne continue pas la personne, et n'est pas tenu *ultra vires*. M. Demolombe a senti la force de cette objection et a tenté de la tourner d'une manière ingénieuse. Il reconnaît que l'État n'est pas tenu *ultra vires* ; mais, ajoute-t-il, « c'est qu'il « n'est pas *loco heredis* : ce n'est pas une succession « véritable qu'il recueille, c'est un bien vacant et « sans maître, une sorte d'épave qui lui est attribuée « en vertu d'un droit d'occupation qu'il exerce au « nom et dans l'intérêt de tous les citoyens. *Populus* « *parens omnium*, a dit Tacite. Oh ! oui, sans doute ; « mais, précisément parce que cette parenté-là est « *omnium*, elle est en réalité *nullius*. Si tout le monde « est mon frère, disait lui-même un écrivain socia- « liste, Proudhon, je n'ai plus de frère[1]. »

Mais l'objection subsiste, et, au raisonnement de M. Demolombe, nous ferons cette réponse très simple : le Code civil traite des successions qui échoient à l'État, dans la section II du chapitre IV, au titre des successions ; il règle le sort des biens vacants dans l'article 713 au titre préliminaire. Donc ce sont deux matières différentes, et l'État est un

1. Demol., T., XIII, n° 160.

véritable successeur irrégulier, comme les enfants naturels et le conjoint.

Nous sommes donc convaincu qu'aujourd'hui, ainsi que dans notre ancien droit, l'héritier légitime seul représente le défunt, et est tenu des dettes héréditaires *ultra vires hereditatis*. D'abord, nous l'avons dit, il n'y a au Code aucun texte contraire, et, en l'absence de texte, il faut se reporter aux traditions. Nous y ajouterons cette remarque : dans notre ancien droit, le titre d'héritier n'appartenait qu'à l'héritier légitime, et signifiait par conséquent continuateur de la personne et obligé indéfiniment. Que ce titre soit encore réservé à l'héritier légitime, c'est ce qui ressort des articles 756 et 1002. N'est-il pas bien naturel de penser qu'il a conservé la même signification ?

L'héritier légitime, tenu *ultra vires*, a un moyen de de se soustraire à cette obligation redoutable : le bénéfice d'inventaire, écrit pour la première fois par Justinien dans la loi *Scimus*[1], d'où il a passé dans notre ancien droit, et a été enfin adopté par le Code civil[2]. Nous arrivons ainsi à notre seconde question : lorsqu'un successeur, soit en vertu du bénéfice d'inventaire, soit parce qu'il est un simple successeur aux biens, n'est tenu qu'à concurrence de l'actif, sur quels biens les créanciers héréditaires peuvent-ils poursuivre leur paiement ? Ont-ils le choix entre les biens héréditaires et les biens de l'héritier ?

1. L. 22, C. *de Jure deliberandi*, VI, 30.
2. Art. 793 à 810.

Lorsqu'un continuateur de la personne a eu recours au bénéfice d'inventaire, les patrimoines, en droit comme en fait, sont restés séparés. C'est donc seulement sur les biens du défunt que les créanciers héréditaires peuvent exercer leur droit de poursuite (art. 802, 803).

Au contraire, s'il s'agit d'un autre successeur, qui, sans bénéfice d'inventaire, n'est tenu qu'*intra vires,* les patrimoines sont confondus. Et cette confusion a lieu en droit, il est important de le remarquer, même si le successeur l'a empêchée de se produire en fait, par exemple, en faisant dresser un inventaire, du moment où il ne s'est pas conformé aux règles prescrites pour l'acceptation bénéficiaire. En conséquence, il n'y a plus qu'un seul patrimoine et sur ce patrimoine les créanciers héréditaires peuvent poursuivre le paiement de ce qui leur est dû par le successeur, à concurrence de ce qu'il recueille dans l'actif.

Telles sont, pensons-nous, les questions de principes les plus intéressantes auxquelles donne lieu, sous notre droit, la transmission à titre universel des obligations. Nous arrivons immédiatement à l'étude de leur transmission à titre particulier.

DEUXIÈME PARTIE

Transmission à titre particulier

Que les créances soient aujourd'hui transmissibles à titre particulier, c'est ce qui ne peut faire l'objet d'un doute en présence des articles 1689 et suiv. du Code civil. Mais comment cette transmission a-t-elle lieu? S'applique-t-elle aux créances seulement, ou bien tout à la fois aux créances et aux dettes? N'y a-t-il pas, à côté de la cession proprement dite, d'autres manières d'arriver au même but? On voit que les questions qui se posent sont multiples. Ici pourtant, comme dans les développements qui précèdent, nous nous efforcerons d'être bref, désireux avant tout de donner une certaine vue d'ensemble.

Cette seconde partie sera divisée en trois chapitres.

Dans le chapitre I[er], nous étudierons le mode normal de transmission des obligations, la cession, en nous attachant uniquement à ce qui concerne directement notre sujet, c'est-à-dire au transfert.

Puis, dans les chapitres II et III, nous nous de-

manderons s'il n'existe pas des modes accessoires de transmettre les obligations, ou d'arriver, en pratique, à un résultat analogue ; et nous étudierons successivement, à ce point de vue spécial, la novation et la subrogation.

CHAPITRE PREMIER

DE LA CESSION

Nous devons noter, dès le début de ce chapitre, que ce mode de transfert ne s'applique qu'aux créances et non aux dettes. Nous aurons à en rechercher plus tard les motifs et les conséquences. Qu'il nous suffise pour l'instant de poser le principe.

Considérée au point de vue qui nous occupe, cette matière se subdivise tout naturellement en troisquestions:

I. — *Quelle est au juste la nature du contrat appelé Cession de créances?*

II. — *A quelles créances s'applique-t-il?*

III. — *Quand et comment a lieu le transfert?*

§ Ier

NATURE DE LA CESSION DE CRÉANCES.

Nous avons vu, en étudiant la transmission à titre particulier des droits personnels à Rome, qu'à l'époque Justinienne, cette transmission avait lieu en réalité *solo consensu*. Mais quelle était la nature du contrat de cession? Au fond, ce pouvait être une vente, une donation, un contrat

innomé ; en la forme, c'était toujours un mandat réel ou supposé, une *procuratio in rem suam*. Ce caractère de mandat appartenait-il encore dans notre ancien droit à la cession de créances, et lui appartient-il sous l'empire du Code? Ce sont là des points discutés. Un certain nombre d'auteurs admettent l'affirmative ; mais l'opinion la plus générale enseigne, au contraire, que la cession de créances constituait sous notre ancien droit, et constitue encore maintenant une vente véritable. Examinons cette controverse.

La première théorie invoque surtout l'autorité de Pothier, et voici le passage sur lequel elle s'appuie :

« Une créance étant un droit personnel du « créancier, dit l'illustre jurisconsulte, un droit « inhérent à sa personne, elle ne peut pas, à ne « considérer que la subtilité du droit, se transporter à une autre personne, ni par conséquent se « vendre. Elle peut bien passer à l'héritier du créancier, parce que l'héritier est le successeur de « la personne et de tous les droits personnels du « défunt ; mais, selon la subtilité du droit, elle ne « peut pas passer à un tiers : car le débiteur, « s'étant obligé vis-à-vis d'une certaine personne, « ne peut point par le transport de la créance, « transport qui n'est point de son fait, devenir « obligé envers une autre.

« Néanmoins, les jurisconsultes ont inventé une « manière de transporter les créances sans le « consentement ni l'intervention du débiteur.

« Comme le créancier peut exercer contre son « débiteur, par un mandataire aussi bien que par « lui-même, l'action qui naît de sa créance, lors- « qu'il veut transporter sa créance à un tiers, il « fait ce tiers son mandataire pour exercer son « action contre son débiteur ; et il est convenu entre « eux que l'action sera exercée par le manda- « taire, à la vérité au nom du mandant, mais aux « risques et pour le compte du mandataire, qui « retiendra pour lui tout ce qu'il exigera du « débiteur en conséquence de ce mandat, et n'en « rendra aucun compte au mandant. Un tel man- « dataire est appelé par les jurisconsultes *procu-* « *rator in rem suam*, parce qu'il exerce le mandat, « non pour le compte du mandant, mais pour « son propre compte [1]. »

On ajoute que déjà, avant Pothier, Dumoulin avait dit en parlant du cessionnaire : « Non nomine « proprio, sed nomine cedentis, tanquam mandatis « actionibus experitur [2] ».

Il est permis de douter pourtant que telle fût, en réalité, la doctrine professée aux XVI^e^, XVII^e^ et XVIII^e^ siècles.

Et d'abord, on ne saurait invoquer Pothier d'une manière bien décisive, pour démontrer qu'à son époque, la cession de créance était considérée comme un mandat. On peut,en effet,remarquer en premier lieu que c'est dans son traité de la vente qu'il s'occupe

1. *Vente*, n° 550.
2. Cout. du Bourbonnais, art. 127.

de la cession de créances, et non dans son traité du mandat. Mais il faut surtout lire la suite du texte mis en avant par le premier système :

« Un mandat fait de cette manière est, quant à « l'effet, un *transport* que le créancier fait de sa « créance ; et, s'il ne reçoit rien du mandataire pour « consentir que ce mandataire retienne pour lui ce « qu'il exigera du débiteur, c'est une *donation* ; s'il « reçoit pour cela l'argent du mandataire, c'est une « *vente* qu'il fait de sa créance. »

Pothier ne fait donc allusion au mandat que pour expliquer comment on est arrivé à admettre la cession d'une créance sans l'intervention du débiteur ; et, s'il continue à employer cette expression romaine de *procuratio in rem suam*, il reconnaît qu'au fond la cession opère véritablement transport et constitue, soit une vente, si elle a lieu à titre onéreux, soit, si elle est faite à titre gratuit, une donation.

Telle est bien aussi la manière de voir des autres jurisconsultes de notre ancien droit.

« Les cessions et transports ont été inventés, nous « dit Argon, pour faire passer la propriété des « droits incorporels et actions d'une personne à une « autre, comme la vente, l'échange, la donation et « les autres titres de cette nature font passer la pro- « priété des choses corporelles d'une personne à une « autre ; c'est pour cela que, dans le droit, la cession « d'une créance est appelée *vente* d'une créance [1]. »

« Les créances, enseigne Bourjon, peuvent s'ac-

1. *Institution au droit français*, 8e édition, pp. 423 et 424.

« quérir comme les autres biens, puisqu'elles sont « comme eux dans le commerce.... Après la « signification, tout le droit du cédant passe au « cessionnaire [1]. »

Domat n'est pas moins explicite : « Celui qui « *vend* ou transporte une créance ou un autre droit « donne à l'acheteur une espèce de posses- « sion.... [2] »

Ecoutons enfin Renusson : « Le transport est « une *vraie vente :* il en a les mêmes principes, « les mêmes règles et les mêmes effets..... Le « droit cédé est acquis au cessionnaire par l'ac- « ceptation de la cession. En conséquence, il peut « signifier, quand bon lui semble, au débiteur cédé « et l'avertir par cette signification qu'il a *changé* « *de créancier* [3]. »

Nous pourrions multiplier ces citations. Serres [4], qui écrivait à Toulouse, en plein pays de droit écrit, Ferrière [5], Denisart [6], professent la même théorie, et aucun d'eux ne paraît supposer qu'il puisse y avoir une difficulté quelconque à cet égard, et que sa manière de voir ne soit pas celle de tous les autres jurisconsultes.

Il semble donc bien établi que dans notre ancien droit la cession de créances était une vente comme

1. *Droit commun de la France*, I, *de la Vente des choses incorporelles* (sect. I, nos 1, 6 et 10).
2. *Lois civiles*, tit. II, sect. II, no 9.
3. *Traité des subrogations*, ch. II.
4. *Institution au droit français*, p. 531.
5. *Introduction à la pratique*, Vo *Transport*.
6. Vo *Transport*, no 2.

une autre. Nous avons à nous demander maintenant si tel est le caractère qu'elle présente sous le Code civil.

La tradition étant en ce sens, nous l'avons établi, c'est déjà une grave présomption pour que nos législateurs aient laissé de côté l'idée de mandat ; car ils n'ont guère connu le droit romain que par l'intermédiaire de nos vieux jurisconsultes français. Toutefois, l'argument de tradition ne serait pas absolument concluant, étant donné le langage ambigu de Dumoulin et de Pothier. Mais nous avons des raisons très sérieuses pour affirmer que telle a été la pensée des rédacteurs du Code.

Ceci ressort en premier lieu de leurs propres déclarations.

« Indépendamment des choses mobilières et im-
« mobilières, disait Portalis, il est une troisième
« espèce de biens, celle des créances et autres
« droits incorporels. Cette espèce de biens est la
« création de l'homme ; elle est dans le commerce
« comme tous les autres biens, et elle est consé-
« quemment susceptible d'être *vendue*, *cédée*, *trans-*
« *portée* [1]. »

« Au moyen de la signification, déclarait Bigot-
« Préameneu, le cédant cesse d'être créancier [2] ».

Le tribun Grenier, de son côté, exprimait la même idée et à peu près dans les mêmes termes que Portalis : « Il y a une troisième espèce de propriété qui

1. Fenet, XIV, p. 149.
2. Fenet, XIII, p. 284.

« peut faire l'objet de la vente, ce sont les créances « et autres droits incorporels [1] ».

En second lieu, le Code civil lui-même démontre de la façon la plus certaine que la cession de créances est une vente véritable.

Ainsi, c'est au titre de la vente qu'il la réglemente, et il n'en parle pas au titre du mandat. En outre, cette cession, il la qualifie de *transport* [2], ce qui implique incontestablement l'idée d'une transmission, d'un déplacement de propriété ; enfin, plusieurs fois, il l'appelle expressément *vente* [3].

Il est donc bien établi que la cession de créances constitue aujourd'hui une vente, si elle a lieu à titre onéreux, une donation si elle est faite à titre gratuit. Et ce que nous disons des créances est vrai de tous les autres *droits incorporels*, pour employer la terminologie du Code, terminologie inexacte, mais qui signifie que tous les droits autres que le droit de propriété sont aliénables comme le droit de propriété lui-même.

Nous avons démontré déjà combien ce système de la transmission des droits personnels ou réels était peu logique. En théorie, nous le répétons, tout droit, y compris le droit de propriété est inaliénable par essence ; car un droit n'est qu'un rapport et ce rapport est rompu si l'on change un des facteurs. Dans la réalité des faits, quand je vends ma créance ou ma propriété, mon droit périt pour faire place à

1. Fenet, XIV, p. 205.
2. Art. 1689, 1690, 1691, 1693.
3. Art. 1692, 1693.

un droit nouveau, qui ne diffère du premier que par le titulaire. Je me retire, moi créancier, moi propriétaire, *cedo*, et je vous dis, à vous acquéreur : « Seul, je pouvais m'opposer à ce que vous agissiez en créancier, en propriétaire, eh bien ! agissez comme tel, et je m'engage à ne pas m'y opposer. » Ce n'est guère, sans doute, qu'une question de mots en ce qui concerne les droits réels ; mais il n'en est pas de même du droit personnel. Dans le droit personnel, il n'y a pas seulement un sujet actif et un objet : il y a en outre un sujet passif, et l'on ne saurait en faire abstraction. Rationnellement, le créancier ne peut dire à un tiers : Je vous cède mon droit, je me retire devant vous ; je consens à ce que désormais vous vous conduisiez en créancier. Ou du moins, ce consentement ne suffit pas : il faut de plus celui du débiteur.

Tout cela, sans doute, est subtil, mais profondément exact, croyons-nous, et les anciens jurisconsultes romains avaient pour eux la logique lorsqu'ils décidaient :

Premièrement. — Que les droits réels ou personnels étaient intransmissibles et qu'on pouvait seulement, à l'aide de la novation[1], en éteindre un et en créer un autre à la place ; on peut même regretter qu'ils aient fait une exception à cette règle pour le droit de propriété, en confondant ce droit avec son objet ;

1. Nous prenons ici *novation* dans un sens large qui comprend toute délégation *verbis*, *litteris*, ou même *re*.

Deuxièmement. — Que, pour faire naître ce droit nouveau, le consentement du cédant suffisait en matière réelle, mais qu'en matière personnelle, il fallait de plus celui du débiteur[1].

Pourtant faut-il regretter que, par une suite de transformations[2], on en soit arrivé à la théorie de notre Code civil? Nous ne le pensons pas. La cessibilité des créances est un puissant élément de crédit; et, dans une société où le crédit joue un rôle aussi considérable que dans la nôtre, il faut, sans hésiter, lui sacrifier la logique. D'ailleurs, qui peut se plaindre? Le débiteur seul, qui n'a pas été consulté. Or, est-il bien vrai qu'il souffre un préjudice réel? Nullement. Ce qu'il perd, ce sont des espérances: son ancien créancier avait le droit de le traiter aussi durement que pourra le faire le nouveau. Il était donc utile d'admettre la cession de créances sans le concours du débiteur, et, au point de vue de l'équité, cela n'avait pas d'inconvénient.

Quant au transport du droit lui-même, ce système a un avantage considérable: les sûretés et accessoires de la créance passent, nous le verrons bientôt, au cessionnaire. Ce résultat est, lui aussi, parfaitement équitable. Ajoutons qu'il est le seul conforme à l'intention probable des parties.

Aussi, loin de blâmer le transfert des créances,

1. La *procuratio in rem suam* ne portait pas échec à ce principe; car on sait qu'à l'origine de ce mode de cession, le *procurator in rem suam* n'était, en réalité, qu'un mandataire.

2. Nous avons indiqué ces transformations dans notre thèse romaine.

tel qu'il est organisé par les articles 1689 et suiv., souhaitons-nous de voir s'introduire dans notre législation le transfert des dettes[1].

§ II

A QUELLES CRÉANCES S'APPLIQUE LA CESSION

Nous avons vu que, dans la théorie du Code, la cession de créances est une vente. L'article 1598 doit donc être appliqué ici, et l'on peut poser en règle générale que toutes créances sont susceptibles d'être cédées. Mais à cette règle il y a des exceptions que nous devons signaler. Ces exceptions, l'article 1595 lui-même nous les indique : ne peuvent être cédées les créances dont des lois particulières ont prohibé l'aliénation. Sont incessibles pour ce motif :

Premièrement. — Les parts éventuelles dans le produit des prises maritimes[2] ;

Deuxièmement. — Les traitements de réforme, les pensions militaires ou civiles, et celles de la Légion d'honneur[3] ;

1. *Infrà*, ch. II *in fine*.

2. Loi du 1er octobre 1793, art. 46. — Arrêté du 19 ventôse an IX, art. 42.

3. Déclaration du 7 janvier 1779, art. 1 et 13. — Loi des 18-22 août 1791, art. 4. — Arrêté du 7 thermidor an X. — Avis du Conseil d'État des 23 janvier - 2 février 1808. — Ordonnances des 27 août 1817 et 26 avril 1823. — Lois sur les pensions des armées de terre et de mer des 11 avril 1831, art. 28, et 18 avril 1831, art. 30. — Loi du 19 mai 1834, art. 20.— Loi du 21 juin 1845, art. 7. — Loi sur les pensions civiles du 9 juin 1853, art. 26.— Décret du 14 mai 1856, art. 35.— Code de proc., art. 580.

Troisièmement. — Les rentes viagères de la Caisse des retraites pour la vieillesse, les rentes viagères attachées à la médaille militaire, les sommes attribuées aux engagés volontaires et rengagés après libération[1].

Telles sont les seules exceptions énumérées par des lois particulières. Y en a-t-il d'autres? Oui, assurément. Ainsi est certainement incessible la créance alimentaire qui naît de la loi[2].

Mais alors quel va être le criterium? On en a présenté un grand nombre dans la discussion desquels nous ne saurions entrer ici. D'autres auteurs, et en particulier MM. Aubry et Rau, enseignent que: « la question de savoir si le transport de « tels droits ou actions sur l'incessibilité desquels « la loi ne s'est point formellement expliquée, se « trouve ou non implicitement prohibé, ne peut être « résolue au moyen d'une formule générale. Il faut, « pour la solution de cette question, s'attacher à « la nature et aux caractères particuliers du droit « à l'occasion duquel elle s'élève, au but dans « lequel il a été établi, aux conditions de son exer- « cice, et à l'analogie qu'il peut présenter avec « d'autres droits dont la loi aurait expressément « autorisé ou interdit la cession. »

Nous croyons cependant, quant à nous, que,

1. Loi des 8 mars, 12 et 18 juin 1850, art. 5. — Décret du 28 février 1852, art. 3. — Décret du 24 mars 1852, art. 3. — Loi du 26 avril 1855, art. 18. — Il faut remarquer, toutefois, que celles de ces pensions ou rentes qui sont susceptibles d'être saisies soit partiellement, soit pour certaines causes, peuvent, dans la même mesure, être l'objet d'une cession.

2. Aubry et Rau, t. IV, § 359.

l'article 1598 déclarant aliénable tout ce dont une loi n'a pas prohibé l'aliénation, on peut donner la formule suivante : sont incessibles les créances déclarées telles par une disposition explicite ou implicite de la loi, et celles-là seulement. C'est ainsi que nous avons déclaré incessible la créance alimentaire qui provient de la loi ; car le transport de cette créance irait directement contre le but que s'est proposé le législateur en la réglant, et par suite, on peut dire qu'il l'a implicitement prohibée. Mais nous nous arrêtons là, et nous pensons que la loi seule, expressément ou tacitement, peut créer l'incessibilité. Nous croyons cessible, par exemple, contrairement à la doctrine de MM. Aubry et Rau, la créance d'aliments provenant d'une libéralité, quand même la cessibilité tendrait à neutraliser les résultats voulus par l'auteur de cette libéralité. A notre avis, la doctrine contraire se brise contre l'article 1598 : il n'est pas permis à une volonté privée, si respectable qu'elle puisse être, de mettre ainsi une chose hors du commerce.

§ III

QUAND ET COMMENT A LIEU LE TRANSFERT

Le transfert aujourd'hui, comme à l'époque de Justinien, a lieu *solo consensu*. Il résulte, en effet, du principe des articles 1138 et 1583 que la simple convention rend la cession parfaite entre les par-

ties. Sans doute, l'article 1689 impose au cédant l'obligation de remettre les titres ; mais il ne s'agit là que de la délivrance, et, dès avant cette délivrance, la créance est devenue le bien du cessionnaire. Sans doute aussi, la cession n'est parfaite qu'entre les parties ; à l'égard des tiers, en effet, aux termes de l'article 1690, le cessionnaire n'est saisi que par la notification faite au débiteur, ou l'acceptation de celui-ci dans un acte authentique[1] : mais ce n'est là, nous le répétons, qu'une précaution dans l'intérêt des tiers. En réalité, dès que l'échange des consentements a eu lieu, la créance a été transférée.

Mais qu'est-ce, au juste, qui est transmis ? Nous l'avons dit : dans la théorie du Code, c'est le droit lui-même. Il passe au cessionnaire tel qu'il était sur la tête du cédant, avec ce qu'il pouvait avoir d'avantageux ou de désavantageux.

Premièrement. — AVANTAGES ATTACHÉS A LA CRÉANCE.

Parmi ces avantages il faut signaler, en premier lieu, ceux découlant de la nature même de la créance, par exemple, la compétence de la juridiction consulaire si la créance est commerciale.

Il faut y joindre, en second lieu, tous les accessoires de cette créance. Tels sont les intérêts à

1. On sait que ces formalités ne sont pas nécessaires si le titre est à ordre ou au porteur, et sont remplacées par d'autres s'il s'agit de titres nominatifs. Voyez notamment les décrets du 10 thermidor an XIII, art. 1er, et du 16 janvier 1808, art. 4.

échoir. Tels sont aussi, croyons-nous, les intérêts échus, non encore payés. On a vivement contesté cette dernière solution. Ces intérêts, a-t-on dit, appartiennent au vendeur ; car ce sont des fruits civils et les fruits civils s'acquièrent jour par jour. — Nous reconnaissons parfaitement que ces fruits appartenaient au vendeur avant la cession ; mais nous croyons qu'ils doivent être présumés compris dans la cession pour les deux motifs qui suivent :

1° Le cédant a dû, pour se conformer à la prescription de l'article 1689, livrer au cessionnaire le titre de la créance. Il s'est, par ce fait, privé de tout moyen de poursuivre lui-même désormais le paiement des intérêts arriérés.

2° En admettant que le cédant n'ait pas fait cette remise, ou s'il l'a faite, qu'elle ne soit pas suffisante pour permettre d'en conclure qu'il a entendu céder avec la créance le droit aux intérêts déjà échus, il faudrait s'en référer à l'article 1602, d'après lequel le doute s'interprète contre le vendeur.

Dans les accessoires de la créance qui passent au cessionnaire, il faut aussi comprendre, et ici nous nous appuyons sur le texte même de l'art. 1692, le cautionnement, le privilège, l'hypothèque, qui y étaient attachés, et tels, bien entendu, qu'ils y étaient attachés.

Nous mettrons enfin au rang de ces accessoires et les voies d'exécution, telles que la contrainte par corps, dans les cas où elle existe, telles aussi que celles ouvertes par un titre exécutoire, — et tous les moyens de faire valoir la créance. Une grave contro-

verse s'est élevée sur le point de savoir si l'on doit considérer comme un moyen de faire valoir la créance, et par suite, comme un accessoire de la créance, l'action résolutoire appartenant au cédant. Nous croyons pourtant l'affirmative certaine. Sans nous attacher ici à l'objection formulée par Marcadé[1], et qui consiste à dire que l'action en résolution n'est pas un accessoire de la créance, puisqu'elle ne tend pas à obtenir le paiement, mais suppose, au contraire, lorsqu'elle est exercée, la renonciation à l'action en paiement (objection insuffisante, car en admettant même ici l'application de l'adage : « Electâ « unâ viâ, non datur recursus ad alteram », la menace de l'action en résolution serait souvent un moyen d'obtenir le paiement), nous croyons que la difficulté provient ici d'une confusion. Beaucoup d'auteurs ont placé sur le même pied, au point de vue qui nous occupe, l'action en résolution et les diverses autres actions qui compétaient au cédant, comme l'action en réméré, les actions en nullité ou en rescision, et ont voulu donner pour toutes ces actions une solution unique. Or, il nous paraît hors de doute, bien que ceci même ait été controversé, que ces actions en réméré, en nullité ou en rescision, ne tendant pas au paiement et n'étant pas non plus, en général, une manière indirecte d'y contraindre le débiteur, ne sont pas des accessoires de la créance et ne sont pas comprises dans la cession, sauf clause contraire. L'action en résolution, elle, n'est en

1. Marcadé, T. VI, p. 334.

quelque sorte que le succédané de l'action en paiement : elle nous paraît donc devoir être détachée des autres et faire partie du transport.

Deuxièmement.— DÉSAVANTAGES DE LA CRÉANCE.

Si la créance est ainsi transmise avec tous ses avantages, le cédant ne peut assurément faire passer au cessionnaire plus de droits qu'il n'en avait lui-même ; aussi les exceptions qui affectaient la créance entre ses mains, survivent-elles à la cession. Telle est la règle générale, règle très simple et sur laquelle il n'est pas besoin d'insister. Y a-t-il des exceptions ? Nous ne le pensons pas. On indique cependant comme telles, en général, les solutions suivantes :

Premièrement. — Le cédé qui a accepté la cession ne peut plus invoquer contre le cessionnaire l'exception de compensation qui lui appartenait contre le cédant. On comprend cette disposition de l'article 1295 ; elle n'est qu'une interprétation de volonté : la compensation avait éteint la dette de plein droit ; le débiteur qui consent à ce que le bénéfice de cette dette passe à un tiers, consent virtuellement à ce que cette dette renaisse. Toutefois, et précisément parce qu'il n'y a là qu'une interprétation de volonté, nous croyons : d'abord, que l'article 1295 ne serait pas applicable, si l'acceptation était faite sous toutes réserves; et en second lieu, que, même au cas où la disposition de l'article 1295 s'applique, elle doit être

atténuée par le tempérament de l'article 1299 *in fine*, lorsque le débiteur cédé aura eu une juste cause d'ignorer la compensation [1].

Deuxièmement.— Toujours au cas d'acceptation, le cédé a pu commettre une faute en acceptant et tromper, intentionnellement ou non, le cessionnaire sur la valeur de la créance. Dans ce cas, il est tenu, conformément au principe des articles 1382 et suiv., de dommages-intérêts égaux au préjudice qu'il a causé. Dans ces conditions, la jurisprudence décide que la réparation la plus adéquate à accorder au cessionnaire, consiste à déclarer le cédé dépouillé des exceptions qui lui compétaient [2].

Troisièmement.— Au même principe de l'article 1382, on peut rattacher la décision suivante : le cédé n'a pas le droit d'invoquer contre le cessionnaire la contre-lettre qu'il aurait pu opposer au cédant. Le seul fait, en effet, d'avoir signé une contre-lettre constitue une véritable fraude. Aussi est-il indifférent que le cédé ait accepté le transport ou que ce transport lui ait été signifié. Si telle est réellement la base de l'inopposabilité de la contre-lettre au cessionnaire, il semble qu'on devrait y faire aujourd'hui encore une exception admise dans notre ancien droit, pour

1. C'est d'ailleurs une question très controversée. On objecte, en effet, à notre théorie que l'art. 1299 *in fine* constitue une dérogation au droit commun et doit être interprété restrictivement. Nous le reconnaissons ; mais il nous paraît pourtant devoir être appliqué *à fortiori* à notre hypothèse : l'article 1299 suppose un paiement, l'article 1295 une simple promesse de payer.

2. Cass. 20 août 1862 (S., 63, I, 303).

le cas où, le transport ayant été signifié, le cédé aurait notifié la contre-lettre au cessionnaire immédiatement après cette signification[1]. Mais la jurisprudence a rejeté cette restriction, et nous nous rallions à son avis : les termes généraux de l'article 1321 ne permettent pas de distinguer[2] :

Ces diverses solutions sont-elles réellement des exceptions à notre règle? Nous l'avons dit déjà, nous ne le pensons pas. La créance a été transmise par la cession avec toutes ses qualités mauvaises. Si, plus tard, quelques-unes viennent à disparaître, ce n'est pas un effet de la cession, c'est l'œuvre d'une tierce personne, le cédé[3].

Peut-être objectera-t-on que ceci n'est pas absolument vrai en ce qui concerne la contre-lettre. Ici, en effet, l'acte du cédé a précédé la cession. Mais il y a une autre explication : l'exception tirée de la contre-lettre n'est pas attachée à la créance, mais à la personne du cédant. Ceci résulte de l'article 1321. Or, nous ne croyons pas devoir considérer, comme une restriction à la transmission des exceptions, ce fait que les exceptions inhérentes à la personne du cédant ne passent pas au cessionnaire. Et nous en dirons autant des avantages exclusivement personnels. L'in-

1. Bourjon, *Vente*, titre III, sect. I, n° 12.

2. Cass., 26 décembre 1848 (S., 49, I, 29).— Paris, 22 mars 1859 (S., 59, II, 431).— Cass., 12 décembre 1859 (S., 60, I, 129).

3. A plus forte raison ne considérons-nous pas comme une dérogation au principe cette particularité des titres à ordre et au porteur, qui consiste en ce qu'aucune des exceptions opposables au cédant ne peut être invoquée contre le cessionnaire. C'est là un effet, non de la cession, mais du titre.

transmissibilité de ces avantages et exceptions n'est pas une dérogation à la règle que la créance passe au cessionnaire telle qu'elle était aux mains du cédant. Ce ne sont pas, en effet, à proprement parler, des qualités bonnes ou mauvaises de la créance, mais bien la conséquence d'une qualité spéciale au cédant. Supposons, par exemple, que celui-ci soit étranger: le débiteur, au cas de contestation, aurait pu exiger de lui la caution *judicatum solvi* ; il ne pourra pas l'exiger de son cessionnaire si celui-ci est Français. A l'inverse, si le cessionnaire réunit les conditions nécessaires, ces avantages et désavantages pourront naître pour la première fois sur sa tête, bien qu'ils n'aient pas existé sur la tête du cédant. C'est qu'en réalité ces avantages et désavantages sont la manière d'être, non de la créance, mais de la personne elle-même [1].

Nota. — Logiquement, nous devrions traiter ici la question du transfert des dettes. Mais, notre droit n'admettant pas ce transfert et voyant une novation dans tout changement de débiteur, nous préférons renvoyer cette question au chapitre II.

1. De la cession de créances à titre gratuit, il faut rapprocher le legs particulier d'une créance. La transmission s'opère alors *a die mortis* quant à la propriété de la créance, du jour de la délivrance du legs quant à la possession. Le legs se distingue de la cession en ce qu'il ne tombe pas sous le coup de l'article 1690.

CHAPITRE II

DE LA NOVATION

Aux termes de l'article 1271,

« La novation s'opère de trois manières :

« *Premièrement.* — Lorsque le débiteur contracte « envers son créancier une nouvelle dette qui est « substituée à l'ancienne, laquelle est éteinte ;

« *Deuxièmement.* — Lorsqu'un nouveau débiteur « est substitué à l'ancien qui est déchargé par le « créancier ;

« *Troisièmement.* — Lorsque, par l'effet d'un nou- « vel engagement, un nouveau créancier est substitué « à l'ancien, envers lequel le débiteur se trouve dé- « chargé. »

Dans la première hypothèse, on dit que la novation est objective, parce que la modification porte sur l'objet. Dans les deux autres, comme c'est l'un des sujets qui est changé, on la qualifie subjective. C'est seulement de la novation subjective que nous aurons à nous occuper. Dans la novation objective, les deux personnes restant les mêmes, il ne saurait être question de transmission.

Mais y a-t-il même transmission dans la novation subjective ? Assurément non. Que le créancier change ou que ce soit le débiteur, par le fait même qu'il y a novation, l'ancienne dette est éteinte et c'est une dette nouvelle qui prend naissance. Nous avons déjà vu

cette question en droit romain, et nous avons dit que, dès lors, la novation produisait un effet extinctif. Si ce résultat pouvait être discuté quant au droit romain[1], il ne saurait l'être sous notre Code civil.

Premièrement. — C'était en effet la théorie de notre ancien droit. « La novation, nous dit Pothier, « est la substitution d'une nouvelle dette à une « ancienne. L'ancienne dette est éteinte par la nou« velle qui est contractée à sa place ; c'est pour« quoi la novation est comptée parmi les manières « dont s'éteignent les obligations[2]. »

Deuxièmement. — Que ce soit aussi la manière de voir du législateur de 1804, c'est ce qui ressort nettement : de l'article 1234, qui énumère la novation parmi les modes d'extinction des obligations ; de l'article 1271, qui le dit expressément pour la novation objective ; et enfin de l'article 1278, qui parle de deux créances et dispose que les accessoires de l'ancienne ne passent pas à la nouvelle.

Cependant on arrive au moyen de la novation à un résultat assez analogue à celui qu'aurait produit une cession véritable. Nous devons signaler les ressemblances et les différences.

RESSEMBLANCES. — Le premier créancier, s'il s'agit d'une novation par changement de créancier, n'a plus désormais aucun droit. Le nouveau créan-

1. Gide, *Novation*, p. 249 et suiv.
2. *Traité des Obligations*, n° 581.

cier peut seul poursuivre le débiteur, exiger et recevoir paiement, donner quittance et faire en général tous les actes conservatoires modificatifs ou extinctifs de son droit.

S'il s'agit d'une novation par changement de débiteur, le premier débiteur est libéré [1]. Dorénavant le nouveau est seul tenu de la dette.

DIFFÉRENCES. — *Premièrement.* — Dans la novation, il n'y a pas transmission du droit. C'est la différence capitale de laquelle découlent d'autres différences secondaires, ainsi :

Deuxièmement. — Les privilèges, hypothèques, cautionnements garantissant l'ancienne obligation, les exceptions qui l'affectaient et en un mot tous ses accessoires, toutes ses qualités bonnes ou mauvaises s'éteignent avec cette obligation elle-même, et ne passent pas à celle qui la remplace.

Troisièmement. — S'il s'agit d'une novation par changement de créancier, il faut le consentement du débiteur. C'est qu'en effet une nouvelle obligation va naître à sa charge, et on ne peut l'y engager malgré lui ou à son insu.

Quatrièmement. — Précisément parce qu'il va naître à sa charge une obligation nouvelle et qu'il faut son consentement, il est nécessaire qu'il ait

1. Il n'y a novation qu'à cette condition. La délégation imparfaite n'emporte pas novation (art. 1275).

la capacité de consentir au moment où la novation a lieu.

Cinquièmement. — Puisque le consentement du débiteur est indispensable pour que la novation se produise, évidemment l'article 1690 est ici inapplicable.

Sixièmement. — Remarquons aussi que la question de garantie ne se présente pas non plus en matière de novation, et cela, toujours pour le même motif : peu importe au nouveau créancier l'existence de l'ancienne créance, le débiteur est engagé envers lui par son consentement à la novation. Or, on sait que la garantie de droit ne porte que sur l'existence de la créance.

Septièmement. — Enfin la novation s'applique aux dettes comme aux créances. C'est surtout sur ce point que nous désirons insister et comparer la novation à la cession.

Il n'y a pas, nous l'avons dit, de cession des dettes. Le débiteur qui veut se débarrasser de son obligation et en charger un tiers, ne peut pas recourir à un transport. Il faut absolument qu'il emploie la novation. L'article 1275, en effet, est formel à cet égard : s'il n'y a pas novation, l'ancien débiteur n'est pas libéré.

Cette différence entre les dettes et les créances est assez bizarre. La *procuratio in rem suam*, dont notre cession actuelle tire son origine, était applicable aux unes comme aux autres. Pourquoi donc

n'avoir pas conservé la tradition romaine? Nous croyons qu'il y a là une erreur législative. Les rédacteurs du Code de 1804, après nos anciens jurisconsultes, ont sans doute raisonné de la manière suivante: la cession de créances peut être admise ; car, s'il est vrai que le débiteur n'aurait peut-être pas voulu contracter avec le créancier nouveau, il est vrai aussi de dire que son droit n'est pas lésé : ce nouveau créancier, en effet, ne sera en droit de le traiter que comme l'ancien eût été en droit de le faire. Au contraire, il est inadmissible que le créancier change de débiteur malgré lui ou sans son consentement: sans doute il aurait contre le nouveau débiteur le même droit que contre l'ancien ; mais ce droit serait vain et inutile, si ce nouveau débiteur était insolvable.

Ce raisonnement est parfaitement juste ; mais ce qui nous paraît beaucoup moins exact, c'est la conclusion que nos législateurs en ont tirée, à savoir : qu'il ne devait pas y avoir de transfert des dettes, et que le débiteur n'avait d'autre moyen de se substituer un tiers que la novation. C'est supposer qu'un transfert ne peut jamais se passer qu'entre deux personnes. Or, si la dualité des parties est de la nature de la cession, elle n'est pas à coup sûr de son essence ; et l'on ne voit pas, en raison, ce qui s'opposerait à ce qu'on admît la possibilité de transporter une dette avec le consentement du créancier.

Il y aurait, d'ailleurs, à la transmission des dettes, un intérêt considérable : la survivance de l'ancienne

dette entraînerait survivance de tous ses accessoires, de toutes ses qualités bonnes ou mauvaises, et notamment du cautionnement, des privilèges et hypothèques, des exceptions. Dans le système du Code, au contraire, tout disparaît par l'effet de la novation, et c'est une dette nouvelle qui prend naissance. Sans doute, l'article 1278 permet aux parties de rattacher à cette nouvelle dette les sûretés qui garantissaient l'ancienne [1]. Mais il peut arriver que les parties aient omis cette précaution, et il est bien dur de sanctionner un simple oubli par une déchéance aussi grave.

Aussi, la législation allemande, comme jadis le droit romain, a-t-elle admis une véritable cession des dettes : *Schuldübernahme* [2]. La dette reste la même ; seule, la personne du débiteur est changée.

Pourquoi donc n'en ferait-on pas autant en France ? Le transfert des dettes, il est vrai, avait à Rome des utilités spéciales qui ne se retrouvent plus aujourd'hui : « Il fallait un transfert de dettes pour « que les engagements qu'un mandataire avait pu « contracter dans l'exercice de son mandat, passas- « sent à la charge du mandant ; il fallait un trans-

1. D'après la doctrine générale, cette réserve peut avoir lieu, au cas d'*expromissio*, même sans le consentement du débiteur libéré. — On sait, qu'au contraire, elle ne peut avoir lieu à l'égard des cautions qu'avec leur consentement, sans qu'il y ait à distinguer, bien entendu, si la novation a eu lieu par délégation ou par expromission. — Il est évident que, si l'on admettait un véritable transfert des dettes, on devrait y étendre cette restriction en ce qui concerne les cautions : l'équité le commanderait aussi bien que la logique.

2. Delbrück, *die Uebernahme fremder Schulden nach gem. u. preuss. Rechte.*

« fert de dettes pour que l'obligation du bailleur, « envers son fermier ou son locataire, passât à la « charge de l'acheteur du bien loué [1]. » Mais, si ces utilités ont disparu, le transfert des dettes présenterait aujourd'hui des utilités nouvelles. D'une part, notre législation considère avant tout, en général, l'intention des parties ; elle ne connaît plus le droit strict et déclare que tous les contrats doivent être exécutés de bonne foi [2]. D'autre part, le commerce a pris à notre époque un développement immense. Or, le transfert des dettes est, croyons-nous, conforme à l'intention des parties et aux besoins du commerce : à l'intention des parties, qui ne sauraient être raisonnablement présumées renoncer, l'une à ses sûretés, l'autre aux exceptions qui affectent la dette ; aux besoins du commerce, dont l'essor inouï réclame du législateur tout ce qui peut favoriser la rapidité et la simplicité des transactions. Le transfert des dettes n'est pas, du reste, plus illogique que le transfert des créances. Aussi, souhaitons-nous le voir un jour consacré par le législateur français.

1. Gide, *Novation*, p. 415.
2. Art. 1134, 3e al.

CHAPITRE III

DE LA SUBROGATION.

Nous n'avons pas ici à définir la subrogation, ni à en indiquer d'une manière générale, l'historique, les diverses espèces, les applications, les effets. Une seule question nous intéresse : est-elle ou non un mode de transmission des obligations ?

Et d'abord, il est certain qu'elle ne s'applique pas aux obligations passives, aux dettes, mais seulement aux créances.

Ce que nous nous demandons, en somme, c'est donc si, dans la subrogation, le droit de l'ancien créancier passe à celui qui le paie tel qu'il est, en principal et accessoires comme dans la cession, ou bien si ce droit est éteint comme dans la novation, ses accessoires étant rattachés à une nouvelle créance. La réponse à cette question dépendra de la solution que nous donnerons à cette autre question très controversée : quelle est la nature de la subrogation ?

Il semble, à première vue, que deux systèmes seulement soient possibles : ou la subrogation est une cession et la créance est transmise ; ou c'est un paiement, et elle est éteinte. Nous allons voir pourtant qu'il n'en est pas ainsi, et qu'on peut comprendre la transmission de la créance, même indépendamment de l'idée de cession, et en considé-

rant la subrogation comme un paiement. En outre, ce qui complique la difficulté, c'est l'existence de plusieurs espèces de subrogations et de trois personnes dans toute subrogation. On peut cependant ramener à cinq systèmes principaux les opinions multiples qui ont été émises sur ce sujet. Exposons-les d'abord sommairement, sauf à les discuter ensuite.

Premier système.— D'après une première théorie, la subrogation, c'est le transport cession ordinaire. Il n'y a pas à distinguer si elle émane du créancier, du débiteur ou de la loi[1].

Deuxième système. — Une autre école enseigne, comme la précédente, que la subrogation est une cession, mais seulement dans les rapports du *solvens* avec le débiteur. A l'égard du créancier c'est un paiement. La subrogation est donc un acte mixte[2].

Troisième système.— Certains auteurs, considérant au contraire la subrogation comme un acte simple, pensent qu'on doit s'attacher à son origine pour décider si elle constitue une cession ou un paiement : vient-elle du créancier ou du débiteur, est-elle en un mot conventionnelle, la subrogation est un véritable transport ; est-elle légale, au contraire, c'est un paiement.

Ce système se subdivise lui-même, et certains de

1. Ce système est aujourd'hui abandonné.

2. Aubry et Rau, IV, § 321.— Colmet de Santerre, V, n° 189 *bis*.— Mourlon, p. 6 à 14 et p. 48.

ses partisans soutiennent que la subrogation, même conventionnelle, n'est une cession que si elle vient du créancier, mais non si elle est l'œuvre du débiteur[1].

Quatrième système.— Suivant une quatrième opinion, la subrogation est, dans tous les cas et vis-à-vis de tous, un paiement. La créance remboursée ne passe pas entre les mains du subrogé. C'est une nouvelle créance qui naît à son profit, créance de mandat ou de gestion d'affaires, mais à laquelle la loi rattache les privilèges et accessoires de la créance éteinte[2].

Cinquième système. — Enfin, un dernier système décide, comme le précédent, que la subrogation est un paiement. Mais il s'en sépare en enseignant que la loi fait revivre en faveur du subrogé et jusqu'à concurrence de ses déboursés, non seulement les accessoires de la créance par lui payée, mais encore la créance elle-même[3].

On voit que la question de savoir s'il y a ou non transmission de la créance devra être résolue différemment, suivant qu'on s'arrêtera à telle ou telle de ces opinions.

Le premier, le deuxième et le cinquième système consacrent la transmission d'une manière générale. Il y a pourtant intérêt, même à notre point de vue spécial, à les distinguer : suivant que la transmis-

1. Delvincourt, II, p. 559. — Toullier, IV, n° 119.

2. Merlin, v° *Subrogation*, § 1.— Marcadé, V, p. 319.

3. Demol., XXVII, n° 326. — Comp., Cass., 5 décembre 1863 (S., 64, I, 177).

sion aura lieu à titre de cession ou en vertu d'une fiction, ses effets ne seront pas identiques.

Le troisième système n'admet la transmission que dans certaines hypothèses.

Enfin, le quatrième la rejette absolument.

Où est la vérité ?

Premier système. — La subrogation, dit cette théorie, c'est le transport cession ordinaire. Et elle invoque à l'appui de cette affirmation :

Premièrement. — Les principes : une chose éteinte ne peut plus exister. Si donc la créance est éteinte, il est impossible de la faire revivre. La subrogation, si elle n'est pas une cession, ne se comprend pas.

Deuxièmement. — Les traditions : la subrogation tire son origine du *beneficium cedendarum actionum.* Or, le droit romain considérait ce bénéfice comme une cession [1]. D'ailleurs, ajoute-t-on, il en était encore ainsi dans notre ancien droit, et Pothier définissait la subrogation : une fiction en vertu de laquelle le créancier est censé avoir vendu sa créance au *solvens* [2].

Troisièmement. — Le texte : l'article 1250 1°, lorsqu'il déclare le *solvens* subrogé dans les droits, privilèges ou hypothèques du créancier contre le débiteur, indique bien que la créance lui est transmise.

Ce système doit être écarté.

1. LL. 17 et 36, D. *de fidej.* XLVI, 1.
2. *Obligations*, n^os^ 556, 559 et 560.

Premièrement. — Sans doute, il paraît parfaitement logique. Mais nous ne devons pas oublier que le droit est une science concrète. Cette logique même se trouve en défaut lorsque la subrogation émane de la loi, et surtout lorsqu'elle est l'œuvre du débiteur. Il faut bien alors arriver à la fiction. C'est même de là qu'est né le troisième système.

Deuxièmement. — On exagère les traditions.

Pour ce qui est du droit romain, on invoque la loi 17 *de fidejussoribus*. Or, la loi 17 s'explique par la loi 36. « Quodammodo nomen debitoris vendidit », porte ce texte. *Quodammodo*, en quelque sorte. C'est donc « d'une espèce de transport » qu'il s'agit et non d'un transport véritable. — Le bénéfice de cession d'actions n'est pas, d'ailleurs, la seule institution romaine d'où dérive notre subrogation. Il faut signaler aussi le *jus offerendæ pecuniæ*, qui conférait au créancier payant un autre créancier hypothécaire préférable l'avantage de monter au rang de celui-ci, — et le droit accordé au débiteur qui empruntait des fonds pour payer une ancienne dette de rattacher à la nouvelle l'hypothèque qui garantissait la première. Or, ces deux institutions n'étaient pas des cessions de créances. Il est de toute évidence, en particulier en ce qui touche la dernière, qu'elle ne constituait qu'une succession aux sûretés.

Quant à notre ancien droit, il était très divisé sur la nature de la subrogation. Pothier lui-même, qu'on le remarque bien, ne dit pas que c'est une cession, mais bien une fiction en vertu de laquelle on est *censé* céder.

Il n'y a donc pas d'argument sérieux à tirer des traditions.

Troisièmement.— L'article 1250 indique que la créance passe au subrogé, nous le reconnaissons ; mais il ne dit pas que ce soit à titre de cession.

Cette doctrine ne repose donc en réalité sur aucune base.

Quatrièmement. — En outre, elle se brise contre l'article 1252. Ce texte démontre clairement que la subrogation n'est pas une cession ; car dans une cession, le cessionnaire partiel vient en concours avec le cédant.

Cinquièmement. — Comment comprendre d'ailleurs, si la subrogation était une cession, que la loi en ait traité sous la rubrique du paiement, et non pas au chapitre de la cession de créances ?

Sixièmement.— Enfin, cette théorie conduit à une conséquence injuste. Si l'on considère la subrogation comme une cession, et si l'on suppose un *solvens* ayant conclu un arrangement avec le créancier pour que celui-ci lui donnât quittance du tout, alors qu'il n'avait en réalité payé que partie, le débiteur étant insolvable, ce subrogé pourra ensuite, au cas où le débiteur reviendrait à meilleure fortune, lui réclamer la dette entière. Il va donc faire un bénéfice : c'est injuste, car il n'a pas spéculé. Il suffit en effet de parcourir les cas de subrogation énumérés par la loi, pour se convaincre

que la subrogation ne suppose pas une idée de spéculation.

Deuxième système. — Le second système part du même point de vue que le précédent, et invoque les mêmes arguments. Mais il réfute nos objections en disant : si c'est une cession vis-à-vis du débiteur, à l'égard du créancier, c'est un paiement. Ainsi s'expliquent, par exemple, le « quodammodo » de la loi 36 *de fidejussoribus*, le langage ambigu de Pothier et la périphrase de l'article 1250. Ainsi, s'explique aussi l'article 1252. Et l'on comprend que le Code pouvait aussi logiquement traiter de la subrogation à la section du paiement qu'au chapitre de la cession, puisqu'elle tient à la fois de ces deux actes. C'est bien ainsi que Bigot-Préameneu, ajoute-t-on, présentait la subrogation dans les travaux préparatoires. Elle a une nature mixte[1].

Nous repoussons également cette opinion.

Premièrement.— Bigot-Préameneu voulait seulement dire que la créance passait aux mains du tiers. Il ne spécifiait pas à quel titre.

Deuxièmement.— Si la subrogation était un paiement vis-à-vis du créancier et une cession à l'égard du débiteur, la loi aurait dû la traiter, quant à ses effets à l'égard du débiteur, au chapitre de la cession de créances.

Troisièmement. L'article 1250 1° est absolument

1. Ce système invoque aussi l'autorité de Renusson (Chap. I, n° 12).

général, et ne permet pas de voir dans la subrogation un acte mixte.

Quatrièmement.— Enfin, reste la cinquième objection que nous faisions au système précédent et qui s'applique également à celui-ci : il conduit à un résultat injuste en permettant au subrogé de réaliser un bénéfice, alors qu'il n'a pas spéculé.

Troisième système. — Nous avons vu que la troisième théorie considérait la subrogation conventionnelle comme une cession et la subrogation légale comme un paiement. Nous avons dit, en outre, que certains de ses partisans n'admettaient l'idée de cession que dans le cas où la subrogation conventionnelle provenait du créancier.

Il faut rejeter cette manière de voir. Toutes ces distinctions et sous-distinctions ne sont pas admissibles en présence de textes aussi généraux, aussi absolus que les articles 1249 à 1252. Et nous croyons superflu de chercher une autre réfutation [1].

Quatrième système. — Le quatrième système est infiniment plus sérieux que le précédent et a longtemps rallié la majorité des suffrages. La subrogation, dit-il, c'est un paiement. La créance est donc éteinte et ne saurait revivre. Seulement, la loi rattache ou permet de rattacher, à la créance de mandat ou de gestion d'affaires qui naît au profit du *solvens*,

1. Presque toutes les objections que nous avons formulées contre les deux premières théories, sont du reste applicables à celle-ci.

les accessoires de la créance éteinte. Cette théorie invoque les arguments suivants :

Premièrement. — La rubrique du § II : *Du paiement avec subrogation*. Il y a donc paiement, c'est-à-dire extinction de la dette ; mais il y a en outre subrogation, c'est-à-dire que des garanties sont accordées au *solvens* ; ces garanties, ce sont celles de l'ancienne créance.

Deuxièmement. — Il est d'autant plus vraisemblable, ajoute-t-on, que ce système — extinction de la créance et survivance des garanties — soit celui du Code, que le législateur permet d'arriver à un résultat semblable au cas de novation[1].

Troisièmement. — Ce système enfin n'est pas une innovation. C'était celui du droit romain relativement au *jus offerendæ pecuniæ*, ainsi qu'à l'hypothèque transférée par le débiteur au nouveau créancier qui lui prêtait les deniers nécessaires pour en payer un ancien.

Ces motifs paraissent assurément très graves. Nous ne croyons pourtant pas devoir nous rallier à cette opinion :

Premièrement. — L'argument tiré de l'intitulé, si on le regarde de près, n'est au fond qu'une pétition de principe. Oui, il y a paiement, et en principe, le paiement est extinctif de la créance. Et pourtant il y a quelque chose qui survit. Mais quoi ? Ce sont les accessoires de la première cré-

1. Art. 1278.

ance, dit-on ; ce ne peut être, en effet, la créance elle-même puisqu'elle est éteinte. C'est oublier que, si la créance est éteinte, ses accessoires le sont aussi ! Qu'est-ce donc qui survit? on voit que la rubrique n'est pas suffisante pour l'indiquer.

Deuxièmement. — On invoque par analogie ce qui se passe en matière de novation. Mais nous contestons précisément qu'il y ait analogie. Dans la novation le but est d'éteindre la créance ; il est donc bien naturel que la loi la déclare éteinte : cette solution s'imposait même nécessairement dans l'hypothèse d'une novation objective. Il n'en est plus de même si nous nous plaçons en face d'un paiement avec subrogation ; le but ici est double : désintéresser le créancier et donner des garanties au *solvens* pour lui permettre de rentrer dans ses avances ; il n'est pas besoin pour cela de l'extinction absolue et définitive de l'ancienne créance.

Troisièmement. — Quant à l'argument tiré de la tradition romaine, on en comprend la faiblesse.

D'une part, l'origine de la subrogation est triple, et il est certain que dans le bénéfice de cession d'actions, la créance elle-même passait au *solvens*. D'ailleurs, nos législateurs n'ont pas étudié le droit romain dans les sources : ils ne l'ont vu qu'à travers notre ancien droit. Or, dans notre ancien droit, toutes ces questions étaient très controversées et très obscures. On peut même remarquer qu'en général nos vieux jurisconsultes

semblent dire que la créance elle-même était transmise[1].

Cinquième système. — Nous nous rattachons donc à la cinquième théorie, aujourd'hui admise en jurisprudence, et à laquelle la majorité de la doctrine tend à se rallier. Pour nous, c'est la créance elle-même qui est transmise au subrogé avec ses garanties et accessoires. Toutefois ce n'est pas une cession, c'est un paiement; mais, par une fiction de la loi, la créance payée revit en faveur du *solvens* à concurrence de ce qu'il a déboursé.

Voici les motifs qui nous déterminent :

Premièrement. — L'argument de tradition a ici, nous l'avons dit, peu d'importance. Nous avons cependant dit aussi, en passant, que la plupart de nos anciens auteurs admettaient la transmission de la créance elle-même au subrogé, et nous devons faire remarquer ici que les expressions dont ils se servent sont plutôt favorables à notre système qu'à l'opinion qui y voit une cession véritable. On peut invoquer en ce sens notamment Pothier[2], et surtout la déclaration de mai 1609. Quant au droit romain, le « quodammodo » de la loi 36 s'explique très bien dans notre théorie.

Deuxièmement. — Au point de vue des textes :

1. Pothier, *loc. cit.*

2. *Obligations*, n° 560 : « Ce n'est que par une fiction de droit, éta-
« blie dans l'intérêt de celui qui a payé avec subrogation, que la
« créance est réputée subsister. »

La rubrique du § II, « Du paiement avec subrogation », s'applique aussi bien à ce système qu'au précédent. Allons plus loin : s'il n'y avait pas d'autres motifs de décision, nous pensons qu'il vaudrait mieux admettre cette dernière interprétation. Si, en effet, tout se trouve éteint, il est moins illogique de faire revivre tout, c'est-à-dire la créance et ses accessoires, que de faire revivre les accessoires indépendamment du principal, et pour les rattacher à une créance nouvelle. Assurément la loi eût pu prendre ce second parti, et la preuve en est dans ce qu'elle permet aux parties de le faire en cas de novation. Mais, dans le silence des textes, on ne peut pas présumer qu'elle l'ait fait.

Ce qui nous paraît absolument probant, ce qui nous décide, à vrai dire, à préférer ce système à la quatrième théorie, c'est la lettre même des articles 1249, 1250, 1252, qui déclarent le *solvens* subrogé dans les *droits* du créancier. De quels *droits* s'agit-il? Est-ce seulement des accessoires? Non. L'article 1250 § 1er le prouve en opposant les droits et actions aux privilèges et hypothèques. Et ce qui est le plus décisif, c'est que cet article 1250 est emprunté à l'ordonnance de 1609. Or, quel était le terme employé par cette ordonnance et que notre législateur traduit par *droits*? « *Noms* », c'est-à-dire créance, *nomina*[1].

1. Déclaration de mai 1609 : « Voulons et nous plaist que ceux qui « fourniront leurs deniers aux débiteurs desdites rentes constituées « au denier douze, avec stipulation expresse de pouvoir succéder aux « hypothèques des créanciers qui seront acquittées de leurs deniers : « et desquels iceux deniers se trouveront avoir esté employés à l'ac- « quit d'icelles rentes, arrérages d'icelles et autre somme par décla-

C'est donc la créance elle-même qui est transmise.

Troisièmement. — Sur les systèmes qui voient dans la subrogation une cession, notre doctrine à l'avantage d'être conforme aux textes qui la traitent de paiement et la réglementent sous la rubrique du paiement. En outre, et ce double résultat lui est commun avec la quatrième théorie : 1° elle explique l'article 1252 ; on comprend que la loi, en créant une fiction au profit du *solvens*, impose certaines conditions à cette faveur ; 2° elle limite à la somme de ses déboursés le recours du subrogé ; car, si ce n'est qu'un paiement, il n'a acquis de droits qu'à concurrence de ce qu'il a payé. C'est là, nous l'avons déjà montré, la seule conception équitable.

Nous concluons donc que la subrogation est un mode de transmission des créances.

Il nous reste à indiquer, en quelques mots, quels sont les droits ainsi transmis et dans quelle mesure ils le sont.

I. — *Quels sont les droits ainsi transmis ?*

Le subrogé succède à tous les droits du créancier, soit contre le débiteur principal et les cautions, soit contre le tiers détenteur.

Notre Code a fait un texte spécial pour les cautions, parce qu'il y avait doute autrefois à leur égard :

« ration qui sera faite par les débiteurs lors de l'acquit et rachat,
« soient et demeurent de droit aux droits, hypothèques, noms, raisons
« et actions desdits anciens créanciers, sans autre cession et transport
« d'iceux. »

la caution pouvait avoir contracté en vue du créancier, disait-on. Mais ce raisonnement ne devait pas prévaloir et la solution admise en matière de cession de créances devait également triompher ici. La disposition initiale de l'article 1252 vise toutes les cautions : donc, aussi bien la caution réelle que la caution personnelle.

Dans notre ancien droit, on se demandait de même si les actions contre le tiers détenteur étaient transmises par la subrogation, et certains auteurs ont reproduit la même controverse sous le Code civil. En premier lieu, a-t-on dit, les deux questions relatives à la caution et au tiers détenteur étaient discutées dans nos coutumes. Le législateur a consacré dans un article spécial la transmission de la créance contre la caution. C'est donc, qu'*a contrario*, il ne l'admet pas contre le tiers détenteur, puisqu'il a gardé le silence à cet égard. — On ajoute : il y a plus : l'article 1250 limite expressément l'effet de la subrogation aux droits et actions contre le débiteur. — On invoque encore, en ce sens, les articles 611, 874, 875, 1252, 2029, 2033, 2178. — Enfin, on affirme que c'est conforme à la raison : celui qui a payé a fait l'affaire du débiteur principal et de la caution ; il n'a pas fait l'affaire du tiers détenteur.

Cette opinion a été avec raison rejetée par la jurisprudence et la majorité de la doctrine. D'abord, l'argument de raison n'est qu'une subtilité : sans doute, le tiers détenteur n'était tenu que réellement; mais n'est-ce pas gérer l'affaire d'une personne que de payer une dette à laquelle ses immeubles sont

hypothéqués ? Restent les arguments de texte. Le Code fût-il muet sur la question, nous croyons qu'il faudrait appliquer l'article 1252 plutôt par analogie et même *a fortiori* qu'*a contrario :* car la question était bien moins discutée sous notre ancien droit en ce qui concernait le tiers détenteur qu'à l'égard de la caution. Mais le Code n'est pas muet, et l'article 1250, qu'invoque pourtant le système contraire, est formel en notre sens. La subrogation a lieu, nous dit-il, « dans les droits et actions, privilèges ou hypothèques. » Oui, dit-on ; mais il ajoute contre le débiteur. Cela nous importe peu. A côté du droit de préférence, les privilèges sur les immeubles et les hypothèques comprennent le droit de suite. Il est insoutenable qu'en ajoutant les mots « contre le débiteur », le législateur ait entendu déclarer éteint le droit de suite. La question est donc tranchée par l'article 1250. Quant aux autres textes que l'on invoque, ils ne visent pas cette hypothèse.

Le subrogé succède donc à tous les droits auxquels succéderait un cessionnaire. Mais y succède-t-il de la même façon ?

II. — *Dans quelle mesure ?*

En matière de cession, peu importe au débiteur le prix payé en échange de la créance par le cessionnaire : celui-ci peut la lui réclamer tout entière. Il n'en est plus de même du subrogé. Il n'a pas entendu spéculer, il ne doit pas faire de gain. La créance ne lui est transmise que dans la limite de

ses déboursés, et c'est dans cette limite seulement qu'il pourra en poursuivre le recouvrement contre le débiteur [1].

Telle est la différence principale, au point de vue qui nous occupe, entre la subrogation et la cession [2]. Il en est toutefois une autre assez singulière que nous avons déjà signalée en passant, et qu'il importe de rappeler.

Aux termes de l'article 1252, « la subrogation « ..... ne peut nuire au créancier, lorsqu'il n'a été « payé qu'en partie ; en ce cas, il peut exercer ses « droits pour ce qui lui reste dû par préférence à celui dont il n'a reçu qu'un paiement partiel [3].

1. Il y a à cette règle une double exception : *Premièrement.* — En cas de convention contraire. — *Deuxièmement.* — Lorsque la loi a indiqué elle-même dans quelle mesure aurait lieu la subrogation. C'est ce qu'elle fait, par exemple, dans les articles 875, 1214, 2033. (Notons en passant que les tiers détenteurs sont évidemment soumis à l'article 875 quant à leurs recours entre eux : car un cohéritier, quant à la part pour laquelle il n'est pas tenu personnellement, n'est qu'un tiers détenteur.) — Il y a en outre des situations non prévues par la loi : une des plus délicates est celle de la caution subrogée contre le tiers détenteur ou *vice versa*. Elle a donné lieu à une controverse fameuse, mais qui ne rentre pas dans notre sujet ; car nous n'examinons pas dans quels cas il y a subrogation. Disons seulement que, selon nous, la caution serait subrogée si elle avait cautionné avant la constitution d'hypothèque ; sinon la subrogation appartiendrait au tiers détenteur (art. 2037).

2. Nous ne parlons pas des autres différences très nombreuses qui séparent ces deux actes. C'est ainsi que nous laissons de côté la question de savoir si l'article 1690 est applicable à la subrogation : la publicité des transmissions ne rentre pas, on s'en souvient, dans le cadre de notre étude.

3. On s'est demandé si ce droit de préférence accordé au subrogeant par l'article 1252 était transmissible. Qu'il soit transmissible à titre universel, c'est certain : mais à titre particulier ? Va-t-il passer à un cessionnaire ou à un deuxième subrogé ? Nous répondrons encore affirmativement pour le cessionnaire. Quant au second subrogé, au

La transmission de la créance n'est donc pas pure et simple. Elle est faite sous cette réserve qu'elle ne saurait être opposée au créancier. A son égard, tout se passe comme s'il avait reçu un paiement du débiteur lui-même. Dans une cession, au contraire, le cédant et le cessionnaire partiel seraient venus en concours et au marc le franc sur les biens du débiteur. Pourquoi l'article 1252 apporte-t-il, en cas de subrogation, une dérogation à ce principe ? La plupart des auteurs ont critiqué cette disposition. La subrogation ne peut nuire au créancier, dit la loi. Mais elle va lui profiter ! S'il avait une créance de 10.000 fr., qu'il ait été remboursé de moitié, et qu'il reste 5,000 fr. d'actif, il va se trouver absolument indemne, alors que, sans la subrogation, il aurait perdu moitié de sa créance. Il y a plus : la subrogation lui profiterait,même si l'on admettait le subrogé à concourir avec lui : le subrogeant prendrait alors 2,500 fr. et serait ainsi remboursé des trois quarts de sa créance, tandis que, sans la subrogation, il ne l'aurait été que de moitié [1].

M. Colmet de Santerre fait de son côté le raisonnement suivant : « On compare le situation que

contraire, nous croyons la négative préférable. Tous nos anciens auteurs, sauf Bretonnier, étaient en ce sens. On peut ajouter :

Premièrement. — Que l'article 1252 n'a d'application que si la dette n'est pas acquittée totalement. Or, elle le sera par le second paiement subrogatoire ;

Deuxièmement. — Qu'il serait bizarre de voir un droit de préférence accordé à celui qui n'aurait obtenu la subrogation que postérieurement.

1. Aubry et Rau, IV, p. 191, texte et note 89.

« ferait au créancier un concours avec son subrogé,
« à celle qu'il aurait s'il n'avait pas reçu de paie-
« ment partiel ; mais ce n'est pas ce que veut la loi.
« Il s'agit pour elle de comparer la situation qu'au-
« rait le créancier s'il concourait avec son subrogé,
« et celle qu'il aurait s'il avait reçu un paiement
« partiel sans subrogation. S'il est plus maltraité
« que quand il a reçu un à-compte du débiteur, il
« il est clair que la subrogation lui nuit : or, il est
« certain qu'en pareil cas, il ne concourrait pas avec
« le débiteur qui l'aurait payé ; donc tout concours
« avec le subrogé serait pour lui un résultat nuisible
« de la subrogation[1]. »

A vrai dire, l'éminent jurisconsulte explique la loi, mais il ne la justifie pas. Si elle s'est placée au point de vue qu'il indique, elle a certainement eu tort. S'est-elle placée à ce point de vue? Nous le croyons. La règle, « la subrogation ne doit pas nuire au subrogeant », n'est que la traduction assez défectueuse du vieux brocart : *Nemo contra se subrogâsse censetur*. Ce brocart se comprenait à la rigueur à une époque où la subrogation *a parte creditoris* était seule connue[2] : il a perdu toute espèce de sens, depuis que l'ordonnance de mai 1609 et le Code civil ont introduit, l'une la subrogation *a parte debitoris*, l'autre la subrogation légale. L'article 1252 est donc mauvais. Ce qu'on pourrait se demander en législation, c'est si l'on ne devrait pas le retourner et préférer le subrogé au su-

1. V. n° 197 *bis*, XIV.

2. C'était la conséquence de ce principe que toute convention s'interprète en faveur du promettant.

brogeant. Tout au moins devraient-ils concourir au marc le franc.

D'ailleurs, l'article 1252, étant une exception au principe général de l'article 2093, ne doit pas être étendu. Pour qu'il y ait lieu de l'appliquer, il faudra donc :

Premièrement. — Qu'il s'agisse de la créance qui a donné lieu à la subrogation ;

Deuxièmement. — Que le subrogé invoque la subrogation : s'il se sert de son action nue de mandat ou de gestion d'affaires, le subrogeant ne pourra s'appuyer sur l'article 1252 pour passer avant lui.

Précisément parce que l'article 1252 est de droit étroit, l'opinion générale enseigne qu'il ne vise que les privilèges et hypothèques attachés à la créance transmise. C'est ainsi qu'on traduit les mots *par préférence*, dont le sens est, dit-on, indiqué par les articles 2093-2094. Nous ne saurions pourtant nous rallier à cette manière de voir, et nous croyons que la restriction apportée par l'article 1252 à la transmission par subrogation s'étend à la créance même et à tous ses accessoires, par exemple, au cautionnement. Sans doute, l'article 2094 définit les causes de préférence, mais à un seul point de vue, au point de vue des biens du débiteur. Les mots *par préférence*, dans notre texte, ont un sens beaucoup plus large. Exercer ses droits par préférence, cela veut dire passer avant, peu importe à quel titre. Ce n'est d'ailleurs que la conséquence forcée de l'adage : *Nemo contra se subrogâsse censetur* [1].

1. M. Demolombe fait l'objection suivante: Un tiers a payé partiel-

En résumé, et en laissant de côté le legs[1], s'il n'y a pas dans notre droit actuel de transmission proprement dite des dettes autrement qu'à titre universel, il y a, au contraire, deux modes de transmission à titre particulier des créances : la cession et la subrogation. A notre avis, aucune de ces deux institutions n'est, au fond, rationnelle, puisque nous sommes partisan de l'intransmissibilité théorique des droits. Mais il faut le reconnaître, la cession et la subrogation sont essentiellement pratiques. On peut, toutefois, se demander à quoi bon deux systèmes différents. Ne serait-il pas plus simple de s'en tenir à une théorie unique? Nous le pensons. S'il en était ainsi, il faudrait, à notre avis, conserver la théorie de la cession, beaucoup plus nette et plus complète que l'autre. Le législateur devrait seulement alors, et par interprétation de la volonté des parties, y faire une réserve et spécifier que, dans le cas où cette cession ne constituerait pas une spéculation, mais le paiement d'une dette, le *solvens* ne pourrait rien réclamer au débiteur au delà de ses déboursés.

lement pour la caution et a été subrogé. Comment admettre qu'il ne vienne pas en concours avec le créancier sur les biens de cette caution? La réponse nous paraît facile: le subrogé viendra bien en concours avec le subrogeant sur les biens de la caution ; mais il n'y viendra pas en vertu de la subrogation: il y viendra en vertu d'une action directe contre la caution, qui est à son égard un débiteur principal.

1. *Suprà*, page 125, note 1.

POSITIONS

DROIT ROMAIN

I. — La *Gens* antique était un groupe familial.

II. — Le testament *calatis comitiis* ou *in procinctu* n'était qu'une espèce d'adoption.

III. — L'usucapion, à l'origine, ne nécessitait ni juste titre ni bonne foi.

IV. — Il a existé une action publicienne *in factum*.

DROIT CIVIL

I. — Les donations déguisées sont nulles.

II. — La cession du droit d'exploiter une carrière constitue une vente de meubles, et non pas un louage.

III. — La femme séparée de biens a le droit absolu d'aliéner ses meubles, même en dehors des limites de l'administration.

IV. — Lorsque deux époux ont adopté par contrat de mariage le régime de la communauté, et qu'un immeuble propre appartenant à l'un d'eux a été vendu entre l'époque du contrat de mariage et celle du mariage, les deniers provenant de la vente de cet immeuble tombent dans la communauté.

DROIT INTERNATIONAL

L'enfant né en France de père et mère inconnus n'est pas français.

DROIT PÉNAL

La prohibition de l'article 360 Instr. crim. doit s'entendre du fait matériel et non de la qualification légale.

DROIT ADMINISTRATIF

Tout immeuble, bâti ou non, fait partie du domaine public, s'il est affecté à une destination publique, sans qu'il y ait à s'inquiéter si cette destination est perpétuelle ou provisoire.

ÉCONOMIE POLITIQUE

Il n'est pas exact de dire, comme l'a fait Adam Smith, que le propriétaire foncier soit un être privilégié, auquel profitent d'une manière spéciale les progrès de la civilisation.

Vu :
Le Président de la Thèse,
J. LAISNÉ-DESHAYES

Vu :
Le Doyen de la Faculté,
EDMOND VILLEY.

Vu et permis d'imprimer
Le Recteur de l'Académie de Caen,
E. ZÉVORT.

TABLE DES MATIÈRES

Pages.

BIBLIOGRAPHIE. 5

DROIT ROMAIN

INTRANSMISSIBILITÉ & TRANSMISSIBILITÉ DES OBLIGATIONS

INTRODUCTION 7
DIVISION 11
DROIT COMPARÉ 12

PREMIÈRE PARTIE

Principe de l'Intransmissibilité primitive

INTRANSMISSIBILITÉ A TITRE UNIVERSEL. Notions générales. 14
Preuves : *Premièrement.* — Historique de la notion de l'hérédité. 24
Deuxièmement. — Traces laissées par l'intransmissibilité dans le droit classique. . 27
INTRANSMISSIBILITÉ A TITRE PARTICULIER 35

DEUXIÈME PARTIE

Apparition et progrès de l'idée de transmissibilité

DIVISION 37

CHAPITRE I^er^. — TRANSMISSION A TITRE UNIVERSEL

§ 1^er^. — Transmission des Obligations par voie héréditaire. 38
Premièrement. — Sous quelles influences a été modifié le principe de l'intransmissibilité ?. . . 39

Pages.

Deuxièmement. — Par quels moyens ?. 40
Troisièmement. — A quelle époque ?. 44
§ 2. — Autres modes de transmission des Obligations à titre universel. 46

CHAPITRE II. — TRANSMISSION A TITRE PARTICULIER

Delegatio contractuelle. 49
Delegatio par *litis contestatio* ou *procuratio in rem suam*. 53
Controverse relative à la *denuntiatio*. . . . 58
Modifications de la *Delegatio* contractuelle ; pacte de Constitut. 60
Modifications de la *Procuratio in rem suam, Litis denuntiatio et Editio Rescripti* 60
Actions utiles 61
Cession *solo consensu* 61

DROIT FRANÇAIS

DE LA TRANSMISSION DES OBLIGATIONS

INTRODUCTION. 67
DIVISION 72

PREMIÈRE PARTIE

Transmission à titre universel

CHAPITRE I.— QUELLES CRÉANCES ET QUELLES DETTES SONT TRANSMISSIBLES A TITRE UNIVERSEL. . . . 74
CHAPITRE II.— A QUELS SUCCESSEURS UNIVERSELS LES OBLIGATIONS SONT-ELLES TRANSMISES. 80
CHAPITRE III.— A QUEL MOMENT LES OBLIGATIONS SONT-ELLES TRANSMISES 86
CHAPITRE IV.— DANS QUELLES LIMITES SONT TRANSMISES LES CRÉANCES ET LES DETTES. 96

DEUXIÈME PARTIE

Transmission à titre particulier

DIVISION 105

Pages.

CHAPITRE I^er. — DE LA CESSION. 106
§ 1^er. — Nature de la cession de créances. 106
§ 2. — A quelles créances s'applique la cession . . . 116
§ 3. — Quand et comment a lieu le transfert 118
Premiérement. — Avantages attachés à la créance. . . 119
Deuxièmement. — Désavantages de la créance. . . . 122
CHAPITRE II. — DE LA NOVATION. 126
Différences entre les effets de la Novation et ceux de la Cession. 128
Question du Transfert des Dettes. 129
CHAPITRE III. — DE LA SUBROGATION. 133
Est-elle un mode de transfert? — Nature de la Subrogation : Controverse. 134
Premier Système. 136
Deuxième Système. 139
Troisième Système 140
Quatrième Système 140
Cinquième Système 143
Conclusion : La Subrogation est un mode de transfert des Créances. 145
I. — Quels sont les droits ainsi transmis ?. 145
II. — Dans quelle mesure ?. 147
Résumé. 152

ERRATUM. — Page 125, note 1. Ajoutez : *De la cession de créances à titre onéreux, il faut rapprocher le transport judiciaire.*

16313 — *Caen — Typographie-Lithographie E. VALIN, 5, rue au Canu*